

La Promesse d'Attribution en Droit Civil et en Droit Fiscal

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le 4 Mars 1938, à 14 heures.

PAR

Georges FAUVE

JURY :

Président : M. HAMEL, Professeur.

Suffragants : M. HUGUENEY, Professeur.

M. CASSIN, Professeur.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, BOULEVARD SAINT-MICHEL (V°)

—
1938

**La Promesse d'Attribution
en Droit Civil et en Droit Fiscal**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

La Promesse d'Attribution en Droit Civil et en Droit Fiscal

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le 4 Mars 1938, à 14 heures.

PAR

Georges FAUVE

JURY :

Président : M. HAMEL, Professeur.

Suffragants : M. HUGUENEY, Professeur.

M. CASSIN, Professeur.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, BOULEVARD SAINT-MICHEL (v°)

1938



BIBLIOGRAPHIE

- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil.
CAPITANT. — Cours de doctorat. Année 1935-1936.
COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français.
DE LOYNES. — Note sous D. P. 1906-1-273.
DEMANTE. — Principes de l'Enregistrement, 4^e éd., Paris, 1927.
DUBLINEAU. — Traité théorique et pratique de l'Enregistrement, 4^e éd., 1932.
PILON. — Principes et techniques des droits d'Enregistrement.
PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil, 11^e éd., 1932.
PLANIOL et RIPERT. — Traité Pratique de Droit Civil Français avec collaboration de professeurs des Facultés de Droit.
SAVATIER. — Note sous Dalloz, P. 1931, I, p. 161.

REPERTOIRES

- DALLOZ. — Répertoire pratique.
Dictionnaire des Droits d'Enregistrement par les Rédacteurs.
GARNIER. — Répertoire Général de l'Enregistrement, 7^e Ed.
MAGUÉRO et TASSAIN. — Traité alphabétique des droits d'enregistrement, 3^e éd.

RECUEILS PERIODIQUES

- Dalloz hebdomadaire.*
Dalloz périodique.
Journal de l'Enregistrement.
Revue de l'Enregistrement.
Instructions et Circulaires de l'Administration de l'Enregistrement.

INTRODUCTION

Généralités.

La formalité de l'Enregistrement consiste le plus souvent, soit dans l'analyse d'un acte sur un registre spécialement déterminé, tenu par un fonctionnaire public, soit dans le dépôt de certaines déclarations. Elle donne lieu à la perception d'un impôt, mais est également utilisée dans l'intérêt des parties, qui ont ainsi un moyen facile et sûr de donner date certaine à leurs conventions sous-seings privés. Tandis que la plupart des impôts actuels, directs ou indirects, frappent soit des faits, soit des revenus, les droits d'enregistrement atteignent les relations juridiques les plus diverses, pouvant exister entre les particuliers. Aussi leur application exige-t-elle des fonctionnaires qui y sont préposés, une science juridique particulièrement approfondie.

On lit à ce sujet, dans le traité élémentaire de droit civil de MM .Planiol et Ripert (t. II, 11^e éd., p. 47) « que la perception des droits d'enregistrement est l'une des missions les plus délicates que l'on puisse avoir à remplir dans l'ordre civil ». Il est certain en effet qu'il y a peu de règles d'enregistrement proprement

dit. « Toutes les questions que les Receveurs ont à résoudre sont des questions de droit civil; quelle est la nature exacte de la convention ? que signifie telle clause ? cache-t-elle autre chose que son sens apparent ? Sa nature une fois découverte, le tarif du droit applicable est facile à déterminer.

Le contribuable, toujours enclin à juger vite, et plus porté encore à critiquer souvent, ne voit dans l'impôt qu'on lui réclame que l'application routinière d'un tarif aveugle; tout à l'opposé le gouvernement ne considère que le résultat net, arithmétique de l'année budgétaire. Au total, pour l'un comme pour l'autre il suffit de compter soit ce que l'on donne, soit ce que l'on reçoit et cette pensée rapide fait oublier un peu le rôle de celui qui a justement pour tâche de servir à la fois d'intermédiaire et d'accomplir la formalité qu'on lui demande.

Or cette formalité, à elle seule, justifie toute l'originalité du système, dont le but est à la fois de donner des ressources au Trésor et de servir les intérêts de ceux qui sont redevables de l'impôt. Et c'est précisément, parce que cette formalité naît d'un fait juridique et qu'elle produit des conséquences dans l'ordre civil, que l'étude de la loi fiscale ne peut se suffire à elle-même. Comme le dit Demante (t. I, p. 3, n° 3). « Loin que les règles de la perception découlent exclusivement de lois spéciales, il n'est pas une seule question fiscale qui ne suppose au préalable, une question d'ordre purement civil, car si la loi fiscale fixe le tarif de l'impôt et en règle la liquidation, le

droit civil en détermine l'exigibilité ». Ainsi se trouve très nettement posé le problème de la subordination de la loi fiscale à la loi civile, problème qui ne manque ni d'importance, ni d'actualité.

De la subordination du droit fiscal au droit privé.

Cette subordination peut se résumer dans les trois propositions suivantes :

1°) La loi civile, à l'inverse de la loi fiscale, est générale.

2°) La loi fiscale, s'en remet elle-même à la loi civile du soin de son application.

3°) La loi fiscale ne peut avoir pour résultat l'interdiction aux particuliers de l'exercice de leurs droits civils.

Les lois fiscales, en dehors des tarifs qu'elles édictent, des professions qu'elles imposent, ou des conventions qu'elles frappent, ne contiennent aucune disposition générale. Il est bon d'ajouter d'ailleurs, que la chose n'est pas nécessaire. Les lois si impératives et si nombreuses qu'elles soient, obéissent toutes à certaines conditions d'existence et de forme, qui protègent les individus, contre l'arbitraire du législateur. Ainsi s'explique qu'il soit possible de comparer le droit à un arbre dont la branche maîtresse soutiendrait les autres et leur servirait d'appui. Or ce rôle ne pouvait être tenu, ni par le droit fiscal, excessive-

ment variable selon les époques, ni par le droit du travail dont l'existence est de date relativement récente, ni par toutes ces lois à but limité et temporaire, dont la durée dépend le plus souvent de l'oubli volontaire dans lequel on veut bien les laisser. Il fallait au contraire une synthèse de principes absolument certains, ayant déjà fait leurs preuves, et servant de base à toutes les autres lois.

Aussi bien, ce rôle ne pouvait-il appartenir qu'au droit civil, dont les dispositions ont un but tellement général qu'il dispose en son article 4 que « le juge, qui refusera de juger, sous prétexte, du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». C'est pourquoi il n'est pas douteux que les lois d'enregistrement, à moins de dérogation formelle (par exemple, loi du 27 ventôse an IX art. 1^{er} qui a donné un effet rétroactif aux dispositions de la loi du 22 frimaire an VII, la loi du 11 novembre 1918 qui a donné un effet rétroactif à la loi du 27 mai 1918, etc.) ne deviennent obligatoires que dans les délais et dans les formes du droit commun. L'art. 2 du Code Civil aux termes duquel « la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif » leur est applicable, de même que le décret du 5 novembre 1870 qui rend la loi exécutoire un jour franc après l'arrivée du journal officiel au chef-lieu de l'arrondissement, à moins qu'elle ne soit publiée d'urgence, auquel cas, elle produit effet dès le lendemain de son affichage (Cass. Civ. 17-2-32. J. E. 34.399, 9 nov. 1932).

Il est tout aussi certain que l'application de la loi fiscale, est subordonnée au principe de la territorialité, bien que sur ce point, il y ait des divergences entre le droit fiscal et le droit privé. Le droit fiscal a ceci de caractéristique, en effet, qu'il est plus qu'aucun autre, influencé, non seulement dans les tarifs qu'il édicte, mais aussi dans ses principes les plus importants, par l'économie générale du pays. C'est ainsi en particulier que si le principe de la territorialité était appliqué conformément aux règles du droit privé, les doubles impositions seraient rares. Or en fait, le principe de la territorialité, n'a guère d'importance pratique, qu'en ce qui concerne les immeubles, et encore incomplètement.

La loi civile est plus générale enfin que le droit fiscal, non seulement parce que ses textes ont en eux-mêmes une portée plus grande, mais aussi parce que certaines de ses institutions servent autant au droit fiscal qu'au droit privé. Faute de disposition spéciale, les articles du Code Civil sur la prescription extinctive sont applicables aux lois d'impôts, qui se contentent le plus souvent de prévoir des délais abrégés, et il n'est pas d'Administration financière, qui ne prenne soin de rendre sa créance privilégiée, ou hypothécaire, afin d'en assurer le recouvrement. Dans cette hypothèse, il est même permis d'affirmer que la loi fiscale s'efface complètement pour laisser le champ libre au droit civil.

Le droit privé l'emporte également sur le droit fiscal en ce que toute question d'ordre fiscal, suppose

résolue au préalable, une question de droit civil. Ceci n'est vrai toutefois qu'en ce qui concerne la loi d'enregistrement. Les emprunts du droit fiscal au droit privé, sont beaucoup moins importants en matière de Contributions Directes ou Indirectes. Les questions à résoudre sont alors et presque uniquement des questions de fait. La différence est frappante. Par exemple la loi du 15 juillet 1880 soumet à la contribution des patentes « tout individu, Français ou étranger, qui exerce en France, un commerce, une industrie, une profession » et de son côté l'art. 108 du Code des Impôts sur le revenu dispose que « si le contribuable a une résidence unique, l'impôt est établi au lieu de cette résidence; si le contribuable possède plusieurs résidences, il est assujetti à l'impôt au lieu de son principal établissement ». Tout à l'opposé, l'art. 16 de la loi du 25 février 1901 porte que « les mutations par décès seront enregistrées au bureau du domicile du décédé ». Ainsi le Code des impôts directs parle de résidence, ou encore d'exercice d'une profession, ce qui est un pur fait, le Code de l'Enregistrement, de domicile, ce qui est un renvoi exprès aux articles 102 et suivants du Code Civil.

La subordination de la loi d'enregistrement à la loi civile est de tous les instants, et telle qu'il est impossible le plus souvent de pouvoir accomplir la formalité sans mettre en œuvre des principes qui sont nulle part écrits dans la loi fondamentale du 22 frimaire an VII, ou dans les lois subséquentes. Pour commencer la loi fiscale s'en remet entièrement à

la loi civile du soin de définir les actes et les conventions qu'elle entend imposer. Les ventes, les échanges, les partages, les adjudications et les licitations, les obligations tariées par la loi fiscale sont les actes que le Code étudie tout au long de son titre des contrats. L'application du taux de l'impôt, suppose nécessairement résolue auparavant, la question de savoir si l'acte soumis à la formalité, était translatif ou déclaratif, si les intéressés étaient dans l'indivision, ou bien s'ils étaient dans la situation de vendeur à acquéreur. La loi du 25 février 1901, qui frappe l'actif net successoral laisse à la loi civile le soin de le déterminer par le jeu des reprises et des récompenses si le défunt était marié sous un régime de communauté, par la distinction de l'obligation et de la contribution aux dettes, par la réduction des donations dépassant la quotité disponible, et par les rapports à effectuer. Lorsque la loi fiscale fixe enfin le tarif d'après le degré de parenté, elle suppose résolues au préalable les questions de l'hérédité, de l'indignité, de renonciation, de la représentation, voire même dans certains cas de l'adoption. En un mot la loi fiscale apparaît comme la dure conclusion de la loi civile, la rançon que l'Etat exige de ceux qu'il dirige et qu'il protège.

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que la subordination de la loi fiscale n'existe que vis-à-vis de la loi civile. Cette dépendance se manifeste également dans les rapports de la loi fiscale et de la loi commerciale. Il n'est pas sans intérêt de déterminer la nature véri-

table des collectivités privées, qu'il s'agisse d'associations ou de sociétés; selon que la personnalité morale existe ou fait défaut, les biens communs sont dans le patrimoine de la société, ou sont la propriété indivise des participants. De même le régime fiscal des sociétés commerciales diffère profondément selon qu'il s'agit de sociétés de personnes ou de sociétés de capitaux ou de sociétés à responsabilité limitée. Toutes ces questions ne peuvent être résolues qu'à la lumière du droit privé.

Enfin, il est bon d'ajouter, que les Administrations fiscales, sont comme les simples particuliers, soumises au contrôle des tribunaux. Si les difficultés qui sont du ressort des Contributions Directes relèvent du Conseil d'Etat, celles qui naissent de différends avec l'administration de l'Enregistrement sont de la compétence des tribunaux civils, avec possibilité de recours immédiat devant la Cour de Cassation. Mais cette faveur mise à part, faveur dont les redevables bénéficient également, les modes de preuve qui sont à la disposition de l'Administration sont les mêmes que ceux dont peuvent se servir les simples particuliers, en un sens ils sont même plus rigoureux. La jurisprudence décide que la Régie peut seulement utiliser les moyens de preuve de droit commun qui sont compatibles avec la procédure écrite : aveu, preuve littérale, présomptions légales, ou présomptions simples. La preuve pourra résulter soit des actes des parties ou de leurs ayants cause, soit de présomptions tirées de faits constants au procès (Cass. Civ. 27 juin 1883 -

D. P. 1884-1-239 - S. - 1885-1-53 - J. Enregistrement 22-126. Instr. 1687 page 2). Mais par contre, la preuve par témoins et le serment sont irrecevables, comme n'étant pas compatibles avec la procédure écrite, qui se fait par signification de mémoires et sauf exception, sans enquêtes ni plaidoiries.

Enfin, la loi fiscale dépend du droit privé, dans la mesure où ce droit est à la disposition des intérêts particuliers et ne peut leur être ôté. La loi fiscale ne peut avoir pour résultat d'empêcher le libre exercice de la loi civile et des conventions qu'elle autorise. Les tarifs peuvent être augmentés ou diminués, de nouveaux actes assujettis à la formalité, sans que pour cela les redevables cessent d'être libres d'utiliser tous les modes de contracter prévus par la loi. Autrement dit, lorsque les intéressés, pour accomplir un acte juridique ont à leur disposition deux conventions différentes et qui conviennent tout autant à leurs intérêts, ils ont le libre choix d'opter pour la moins onéreuse.

De tout temps par exemple, on a cherché, l'échange étant assujetti à des droits moindres que la vente, ou parfois même étant exempt d'impôts, à arriver par le moyen d'échanges au même résultat que par une vente. La loi civile prévoit également différentes sortes de régimes matrimoniaux, régime avec ou sans communauté, régime de la séparation de biens, régime dotal. Tous diffèrent profondément les uns des autres, et selon que tel régime sera adopté, et cela d'une façon irrévocable, les droits réciproques des fu-

turs époux seront complètement modifiés, et par voie de conséquence la liquidation de leur succession et celle de l'impôt à percevoir. De même encore les donations sont assujetties à des droits souvent très élevés, à l'exception de celles qui sont considérées comme étant des conventions de mariage. Or les époux peuvent adopter le régime de la communauté universelle, alors même que leurs situations patrimoniales seraient très différentes, ce qui peut avoir pour résultat de donner au moins riche un droit de copropriété très important sur les biens de l'autre. Cependant, l'opération en elle-même n'est pas frauduleuse et ne fait qu'utiliser les dispositions de l'art. 1497 du Code Civil, ce à quoi le droit fiscal ne saurait s'opposer.

Il convient de dire en contre-partie, que si le droit fiscal ne peut aboutir à une violation des règles du droit civil, les redevables, de leur côté, ne peuvent, par de fausses qualifications données à la convention, en changer la nature. Les deux lois ne s'opposent donc pas forcément et elles arrivent même ainsi à se compléter. Si, comme dans l'exemple précédent, il est permis de passer un acte d'échange plutôt que de faire deux actes de vente, il est défendu de déguiser une vente sous l'apparence d'un échange. Et pourtant la chose est très facile. Il suffit de faire porter l'opération sur deux immeubles de valeurs très différentes et de stipuler le paiement d'une soulte. Ce subterfuge ne serait d'ailleurs plus d'aucune utilité car d'après la loi du 31 juillet 1929 art. 2, lorsqu'une soulte est stipulée à la charge de l'un des échangistes, le

droit de vente d'immeubles est exigible sur son montant.

De même fort nombreuses sont les opérations juridiques qui peuvent déguiser une donation : vente, quittances, apports en mariage, transfert, contrat de rente viagère. La Régie a le droit de redonner à l'acte son véritable caractère, à charge pour elle bien entendu, d'en apporter la preuve (Seine 13 avril 1922. - St-Omer 21 nov. 1912. - R. G. 15.362. - Cass. Req. 20 mars 1855. - D. P. 1855-1-130. - S. 1855-1-271. - Soissons, 9 jun 1904. - Rev. Enreg^t 3688, R. P. 10.828. - Cass. Req. 5 nov. 1878. - D. P. 1879-1-100. - S. 1879-1-83, 25 janvier 1899. - D. P. 1899-1-541. - S. 1899-1-295, 5 janvier 1909. - D. P. 1911-1-460. - Dreux, 15 oct. 1920. Rev. Enreg. 7046; Corbeil 11 mars 1930 Rev. Enreg. 7107). La Cour de Cassation a même reconnu ce droit à l'Administration lorsque la fausse qualification a été donnée par un jugement passé en face de chose jugée. Cette solution peut d'ailleurs paraître un peu hardie, car elle aboutit à battre un peu en brèche, le vieux principe qui veut donner à la chose jugée la force de la vérité « Res judicata pro veritate habetur ». Pourtant la jurisprudence de la Cour Suprême paraît bien établie (Cass Civ. 12 juin 1854. - D. P. 1855-1-12. - S. 1855-1-60, 17 nov. 1847. - D. P. 1847-4-80, 12 déc. 1853. - D. P. 1854-1-21, 17 nov. 1857. - D. P. 1858-1-123; Ch. Réunies 12 déc. 1865. - D. P. 1865-1-457. - S. 1866-1-73).

Ainsi, il n'est pas douteux que la loi fiscale soit dans un étroit rapport de subordination avec la loi civile,

et que la perception des droits d'enregistrement, pour être régulièrement effectuée, nécessite la connaissance de l'un et l'autre droit. Pourtant, durant les toutes dernières années, une théorie nouvelle s'est ébauchée, qui sans renier cet état de dépendance, cherche néanmoins à y remédier en faisant du droit fiscal un droit autonome, ayant ses règles propres d'application et d'interprétation.

De l'autonomie du droit fiscal.

Ce principe a été proclamé à une date relativement récente, qui ne semble pas remonter au-delà du vote de la loi du 13 juillet 1925. Les difficultés budgétaires, le besoin de ressources plus importantes avaient rendu nécessaire la création de ressources nouvelles qui furent réclamées au nom d'un « droit nouveau » (Pilon - Principes d'Enregistrement page 45).

Néanmoins il était depuis longtemps apparu, que le droit fiscal était différent du droit civil, non seulement d'après son but, mais aussi d'après l'interprétation qui devait en être faite. Tous les auteurs et l'Administration elle-même, ont toujours été d'accord pour proclamer en particulier que les lois fiscales devaient s'interpréter restrictivement et à la lettre (Naquet 1, 22; Whal, traité de droit fiscal 1-67; sol. 17 octobre 1876, D., 77-3-54). « L'interprétation des lois fiscales, porte la solution du 17 octobre 1876, est do-

minée par une règle souvent affirmée par la jurisprudence, à savoir que les textes doivent être appliqués littéralement et que leur interprétation ne doit jamais dépasser les termes dans lesquels ils sont conçus ». Aussi était-il hors de doute que le raisonnement par analogie, si fécond en droit civil, n'était point permis en droit fiscal. Mais là s'arrêtait la différence et pour le surplus le droit fiscal s'en remettait entièrement au droit privé du soin de déterminer l'application de ses textes.

Aussi bien la théorie nouvelle a-t-elle justement pour objet de permettre une délimitation plus facile entre les sphères d'attribution des deux lois, et de leur redonner leur liberté réciproque. Au fond les motifs, pour y parvenir, ne manquent pas et sont loin d'être négligeables. La loi civile n'a d'autre objet que de tracer des règles obligatoires pour l'activité juridique des individus. L'Etat, n'est pas directement intéressé à ce que ces règles soient observées, dès l'instant que l'ordre public y demeure indifférent. Il appartient aux intéressés eux-mêmes de faire respecter leurs droits en s'adressant aux juridictions compétentes. Mais, la situation est entièrement différente en ce qui concerne le droit fiscal : les rapports n'existent plus entre des particuliers ayant des intérêts opposés, mais entre l'Etat, qui a le droit de percevoir des impôts et des contribuables qui ont le devoir de les acquitter. Il en résulte que le droit privé n'a aucune compétence en la matière et que l'intérêt général étant seul en jeu, il appartient au droit fis-

cal, branche dérivée du droit public, d'intervenir à l'exclusion de toute autre loi.

Les conséquences de cette théorie nouvelle sont particulièrement importantes et deviennent de plus en plus nombreuses. Il est presque possible de suivre pas à pas le législateur dans la vie qu'il semble avoir définitivement adoptée. La loi fiscale s'insurge contre les principes les plus sûrement établis du Code Civil et donne l'impression de vouloir construire un droit nouveau mieux en rapport avec le but à atteindre. De tous, les régimes des successions et des partages ont été particulièrement atteints. Il suffit de parcourir les chapitres de cette partie du Code Civil pour s'en rendre compte. Quelques exemples suffisent.

A côté de l'article 724 du Code Civil qui établit la saisine héréditaire au profit des héritiers légitimes et naturels du défunt, l'article 1 de la loi du 18 avril 1918 dispose « qu'aucun coffre-fort ou compartiment de coffre-fort, tenu en location ne pourra être ouvert par qui que ce soit après le décès » qu'en présence d'un notaire requis et d'un agent de l'Administration. Plus nette encore la loi du 13 juillet 1925 art. 52 à 56 exige dans le cas d'existence de biens à l'étranger un envoi en possession spécial, prononcé par une ordonnance du président du tribunal de première instance dans le ressort duquel la succession est ouverte. Pratiquement la saisine est donc supprimée dans ces deux hypothèses, contrairement au principe pourtant très général de l'art. 724. Un peu plus loin, aux termes de l'article 785 « L'héritier qui renonce est censé n'avoir

jamais été héritier » tandis que d'après l'art. 51 de la loi du 13 juillet 1925 « en cas de renonciation à une succession, à un legs ou à une donation, le droit de mutation par décès exigible sur les biens qui par l'effet de la renonciation, adviennent aux héritiers donataires ou légataires acceptants, ne peut pas être inférieur à celui qui aurait été dû par le renonçant s'il avait accepté ». Disposition assez semblable d'ailleurs à celle de l'article 22 de la loi du 16 avril 1930, qui prescrit pour la perception des droits de mutation par décès de faire abstraction de la parenté fictive résultant de l'adoption, quand l'adoptant exerce le droit de retour prévu par l'art. 358 du Code Civil.

Les présomptions légales de propriété ont été multipliées depuis l'art. 7 de la loi du 31 mars 1903 d'après lequel « tous les titres, sommes ou valeurs faisant l'objet de comptes indivis ou collectifs avec solidarité seront considérés comme appartenant aux déposants et dépendant de la succession de chacun d'eux pour une part virile » jusqu'à l'article 45 de la loi du 13 juillet 1925, si souvent citée déjà qui répute non avenue au point de vue fiscal, jusqu'à preuve contraire, « toute cession d'un bien meuble ou immeuble appartenant pour l'usufruit au défunt et pour la nue propriété à l'un de ses présomptifs héritiers ».

Au fond cette législation nouvelle n'est cependant pas tellement à critiquer. Deux situations différentes sont en cause, celle des particuliers entre eux, et celle de l'Etat vis-à-vis de ses contribuables. Or jusqu'à maintenant c'était les mêmes lois et les mêmes textes

qui obligeaient aussi bien l'Etat que ceux qui dépendaient de lui. En réalité, c'était plutôt cette solution qui était sujette à critiques, car les intérêts étant différents il importait de les régler par un droit qui fût spécial à chacun d'eux.

Cette tendance n'est d'ailleurs pas le privilège du droit fiscal récent, et déjà la loi du 21 juin 1875, malgré l'art. 1121 du Code Civil et malgré le caractère juridique bien connu de la stipulation pour autrui n'avait pas craint de considérer « pour la perception des droits de mutation par décès, comme faisant partie de la succession de l'assuré, sous la réserve des droits de communauté s'il en existe, les sommes, rentes ou émoluments quelconques dus par l'assuré à raison du décès de l'assuré ».

Toutes ces dispositions, si elles prouvent une certaine originalité de la loi fiscale, n'établissent pas cependant de façon péremptoire que désormais les lois d'impôts soient complètement indépendantes du droit privé. Il semble bien que les auteurs partisans de cette théorie, en particulier M. Troabas, aient eu un peu trop tendance à comprendre sous un même titre avec les contributions directes et indirectes les droits d'enregistrement eux-mêmes. Or ce qui peut être vrai pour les impôts sur le revenu, ne l'est forcément pas pour les autres. En réalité le droit fiscal nouveau n'est pas tellement différent de l'ancien, et malgré les initiatives nombreuses des lois budgétaires les plus récentes, il fournit encore des occasions continuelles de pénétrer davantage et de fouiller un peu plus

dans le domaine du droit civil, sans pour cela s'opposer forcément à lui. Quoi que l'on puisse faire, il y aura toujours une dépendance étroite entre le droit privé et le droit fiscal, et c'est pourquoi toute étude d'enregistrement suppose toujours que les difficultés des deux ordres ont été résolues.

Le droit fiscal et le droit privé en matière de partage.

Ce qui est vrai d'une façon générale pour tous les actes soumis à la formalité de l'Enregistrement, l'est d'une façon plus particulière en ce qui concerne les actes de partage et de licitation. La différence qui existe entre les deux opérations n'est pas tellement grande pour qu'il soit toujours possible de les différencier. L'application du tarif, suppose que la nature de la convention a été nettement déterminée, ce qui, du point de vue de droit civil est particulièrement délicat. Les actes de partages comme les actes de licitation tranchée au profit de l'un des coïndivisaires sont déclaratifs de propriété par application de l'article 883 du Code Civil, mais les droits à percevoir sont de tarifs très différents. L'article 15 de la loi du 29 juin 1918, modifié par l'article 2 du décret du 14 mars 1933, assujettit les actes de partage pur et simple au droit de 0,75 %, de leur côté les licitations sont frappées du droit proportionnel de vente dont la quotité actuelle est de 12 %. Devant une telle diffé-

rence de tarif, les intéressés devaient être tentés de procéder par voie de partage, plutôt que par voie de licitation, pour le plus grand préjudice du Trésor.

C'est justement l'une de ces tentatives qui va faire l'objet de l'étude qui va suivre. Ces précisions préliminaires n'étaient pas inutiles pour permettre une plus large compréhension du sujet et faciliter la position du problème dans le labyrinthe de la loi civile et de la loi fiscale.

CHAPITRE I

LA LICITATION EN DROIT FISCAL

Historique.

La licitation, comme les partages avec soulte, est translatrice en droit fiscal, même lorsqu'elle remplit les conditions prévues par l'article 883 du Code Civil. Ce principe est le résultat d'une longue évolution historique.

Pour les Romains, le partage était en droit, comme en fait, translatif de propriété, et cette règle avait prévalu chez nous, jusque vers le milieu du XVI^e siècle. Aussi, l'article 55 de l'ancienne coutume de Paris, assujettissant les actes de vente aux droits de lods pour la totalité du prix, on en concluait que le colicitant adjudicataire, devait payer l'impôt même pour sa part. Ce fut seulement le 2 avril 1538, qu'un arrêt rendu sous l'influence de Doumoulin, reconnut pour la première fois que le colicitant acquéreur ne devait acquitter les droits que sur la valeur des parts acquises.

On passa alors à un principe plus absolu et on en

conclut que la licitation n'est pas une vente, mais un partage et que chaque attributaire est censé propriétaire « ab initio » des choses comprises dans son lot. La jurisprudence fut dès ce moment d'accord avec la doctrine pour décider que les droits féodaux n'étaient dus que sur les actes de vente, et non sur les actes de partage ou ceux qui y étaient équipollents.

Mais l'Edit du centième denier, paru en 1708, devait revenir aux théories anciennes, et après quelques hésitations, il fut décidé que les droits ne seraient calculés que sur les parts acquises. Aussi Bosquet enseigne-t-il que si la licitation est tranchée « au profit d'un étranger, le droit du centième denier est dû sur la totalité des biens dont il devient propriétaire. Si, au contraire, les biens sont adjugés à un copropriétaire, il faut distraire sa portion, parce qu'il ne se fait de mutation à son égard que du surplus, encore bien qu'il ait été admis des étrangers à enchérir; cela ne change rien à l'essence de l'acte, qui ne produit de mutation effective que des portions dont l'adjudicataire n'était pas précédemment propriétaire ».

Le législateur de l'an VII a suivi cette doctrine, et l'article 69 § 5 n° 6 de la loi du 22 frimaire an VII assujettit au droit de 2 % « les parts et portions acquises par licitation de biens meubles indivis » et le § 7 n° 4 du même article assujettit à celui de 4 % « les parts et portions indivises de biens immeubles, acquises par licitation ».

Le tarif de 2 %, édicté par l'article 69 § 5 n° 6 de

la loi de frimaire, a été porté à 5 % sans décimes par l'article 24 de la loi du 25 juin 1920 et à 5,50 % sans décimes par l'article 43 de la loi du 13 juillet 1925, sauf en ce qui concerne les licitations « d'animaux, récoltes, engrais, instruments et autres objets mobiliers dépendant d'une exploitation agricole » pour lesquelles le tarif n'était que de 2,75 %, si bien qu'en y ajoutant le double décime de la loi du 22 mars 1924, ces droits étaient respectivement de 6,60 % et de 3,30 %. Ils sont maintenant de 7 % et de 3,50 %, depuis la loi de finances du 23-12-1933. La loi fiscale n'a donc prévu que les cessions d'objets mobiliers, mais il est admis, que le cas échéant, il y a lieu d'appliquer les tarifs prévus pour les cessions à titre onéreux des diverses catégories de biens meubles.

Les licitations immobilières ont subi, parallèlement avec les précédentes, des réhausséments de tarifs correspondants. L'article 25 de la loi du 25 juin 1920 a porté à 8 % le droit de 4 % en principal établi par la loi de frimaire « sur les parts et portions indivises de biens immeubles acquises par licitation ». Les licitations de biens immeubles étaient donc assujetties à un tarif différent de celui qui était édicté pour les ventes des mêmes biens (8 % au lieu de 10 %) mais ce tarif réduit n'était applicable que si la licitation n'était pas de nature à être transcrite. Il était parfois très difficile d'apprécier si la transcription présentait ou non une utilité juridique, et les tribunaux avaient eu très souvent à se prononcer.

L'article 41 de la loi du 13 juillet 1925 a mis fin à

ces difficultés, en portant le tarif à 10 % et en stipulant que « la formalité de la transcription au bureau de la Conservation des Hypothèques ne donnera lieu à aucun droit proportionnel autre que la taxe établie par la loi du 27 juillet 1900 ». Le tarif de 10 % sans décimes a été porté à 15 % sans aucun décime par l'article 30 de la loi du 4 avril 1926, réduit à 12 %, sans aucun décime par l'article 2 de la loi du 31 juillet 1929, et fixé enfin à 13,50 % par la loi du 23 décembre 1933 article 19.

Par contre était maintenu l'article 42 de la loi du 13 juillet 1925, qui majorait les tarifs ci-dessus quand les parts acquises excédaient 300.000 fr. Cette surtaxe qui était de 1,20 % sur la partie du prix supérieure à 300.000 francs, et de 2,40 % sur la partie du prix excédant 500.000 fr., a été portée par la loi du 23 décembre 1933 à 1,25 % et 2,50 %. En sont cependant exonérés, aux termes de l'article 42 précité de la loi de 1925 :

« les ventes ou licitations de biens de mineurs, d'absents ou d'interdits;

les ventes ou licitations en vue de partage de biens provenant de succession ».

Enfin, si l'immeuble licité, n'a pas fait l'objet d'une autre mutation à titre onéreux depuis la mise en vigueur de la loi du 3 août 1926, la taxe exceptionnelle édictée par l'article 18 de cette loi est exigible si les parts acquises dépassent 5.000 fr., à moins qu'il ne s'agisse d'une licitation judiciaire de biens de mineurs, d'absents ou d'interdits.

Quand une licitation comprenant à la fois des meubles et des immeubles, est tranchée au profit d'un étranger, il n'est pas douteux que l'article 9 de la loi du 22 frimaire an VII lui est applicable, puisqu'elle constitue une vente ordinaire. Dès lors, si les meubles ne font pas l'objet d'un prix spécial et ne sont pas détaillés et estimés article par article, l'impôt est exigible au tarif immobilier sur la totalité du prix imposable. Il en est de même, quand la licitation est tranchée au profit d'un colicitant, si elle ne fait point cesser l'indivision, car dans cette hypothèse elle a le caractère d'une vente ordinaire (Cass. Civ., 11 janvier 1900, D., 09-1-81; Inst. 3271 § 1^{er}; 3 décembre 1913, D., 21-1-247; 2 févr. 1915, D., 20-1-99, Instr. 3449 § 1^{er}).

Si l'indivision cesse, la licitation étant tranchée au profit de l'un des colicitants, la Cour de Cassation décide que l'article 9 précité est encore applicable, et qu'il est nécessaire d'estimer les meubles article par article, bien que dans ce cas l'opération envisagée dans son ensemble ait un caractère strictement déclaratif. (Cass. req., 15 juin 1920, D., 26-1-211, Instr. 3700, § 4). Faute d'avoir pris cette précaution, les droits doivent être calculés pour le tout au tarif im-

Perception du droit proportionnel.

Aux termes de l'article 69 de la loi du 22 frimaire, an VII, l'impôt frappe les parts et portions indivises

de biens meubles ou immeubles acquises par licitation. Les droits ne sont donc exigibles que dans la limite des parts acquises. Si donc l'immeuble licité, compose à lui tout seul, toute l'indivision, et qu'un des colicitants s'en rende acquéreur, aucun doute ne peut planer sur la perception. Le droit sera perçu sur tout ce qui excède la part de l'acquéreur dans cet immeuble. Mais si, en dehors de la licitation, se trouvent d'autres immeubles laissés dans l'indivision, la question se pose de savoir, si la part du colicitant acquéreur, doit représenter la totalité de ses droits dans la masse ou seulement ceux lui appartenant dans l'objet licité.

Après de longues controverses, la jurisprudence est constante pour décider que la part acquise, est tout ce qui excède la part du colicitant adjudicataire dans l'objet licité à son profit (Cass. Chambres réunies, 6 nov. 1861 D., 51-1-314, Instr. 1912, § 3). Bien entendu si plusieurs lots sont adjugés au même colicitant, une seule liquidation doit être établie pour l'ensemble de ces lots, et il y a lieu de déduire pour la perception de l'impôt la part de l'adjudicataire, dans les frais payables en sus du prix. Lorsque le colicitant acquéreur est usufruitier ou nu propriétaire, la valeur de son droit est déductible, d'après une déclaration estimative des intéressés.

Pour que l'impôt ne soit exigible que sur les parts acquises, il faut qu'il soit justifié de l'indivision. Cette règle de la justification de l'indivision est essentielle, soit pour éviter qu'on fasse entrer dans la masse des

biens qui n'en sont pas, soit que frauduleusement ou de bonne foi, on appelle à l'opération des personnes qui y sont étrangères.

Il est évident, par contre, que si l'adjudication est prononcée en faveur d'un étranger, l'acte a tous les caractères d'une vente ordinaire. L'article 883 du Code Civil, n'est en effet applicable, que tout autant que la licitation se termine au profit de l'un des co-indivisaires. Dans le cas contraire, il ne saurait y avoir d'effet déclaratif, puisque l'article 883, suppose toujours que la transmission est reportée au jour de l'ouverture de la succession. Or, un tiers ne succède pas, en quelque manière que ce soit, au défunt.

De l'influence du partage postérieur.

Sous l'ancienne législation, la perception du droit de mutation sur les licitations d'immeubles n'était que provisoire. Ce droit était susceptible de restitution lorsque par un partage ultérieur le prix de la licitation était attribué au cohéritier acquéreur pour sa part dans la masse. Une décision du Ministre des Finances du 21 décembre 1829 (9534 J. E.; 1307, § 8, I. G.) autorisait la restitution des droits perçus si dans le délai de deux ans, il était justifié, que par un partage définitif, le prix de l'adjudication avait été attribué au lot du cohéritier acquéreur, soit en totalité, soit pour une portion supérieure à celles qui représentait sa part dans l'immeuble licité.

Mais cette décision de faveur se conciliait mal avec l'art. 60 de la loi du 22 frimaire, an VII aux termes duquel « Tout droit d'enregistrement perçu régulièrement en conformité de la présente ne pourra être restitué quels que soient les événements ultérieurs, sauf les cas prévus par la présente ». Il résultait de ce texte, que toutes les fois que la perception était régulière, c'est-à-dire que le Receveur avait « fait une exacte application du tarif et une juste application de la loi aux actes qui lui avaient été présentés ou aux déclarations qui lui avaient été faites » le droit perçu ne pouvait être restitué, même si la cause d'exigibilité venait à disparaître rétroactivement. (Cass. Civ., 7 avril 1840, Instr. 1630, § 7 et Instr. 3927, page 235).

Une nouvelle décision du Ministre des Finances du 23 mai 1835 (11.201, J. E.; 1498, § 5, I. G.) fit une application plus juridique de ces principes en abrogeant définitivement la solution précitée de 1829. Un arrêt des Chambres réunies du 19 mai 1843 (S. 43-1-501; 1697, § 7 I. G.) confirma cette manière de voir.

« Attendu, porte cet arrêt, qu'avant le partage, le droit de chaque héritier, frappe chacun des immeubles de la succession dans la proportion de la part qui lui revient dans la succession totale; que l'héritier qui, en cet état se rend adjudicataire sur licitation de l'un de ces immeubles devient acquéreur des parts indivises qui appartenaient à ses cohéritiers dans le même immeuble; qu'aux termes de l'article 69, § 7, n° 4 de la loi du 22 frimaire, an VII, cette acquisition est soumise au droit proportionnel de 4 %, qu'elle ne

peut en effet être considérée comme subordonnée au partage qui pourra avoir lieu; qu'elle a au contraire un caractère définitif, puisque l'adjudication faisant cesser immédiatement l'indivision à l'égard du bien licité, opère véritablement mutation; que si d'après l'article 883 du Code Civil, chaque co-héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets à lui échus sur licitation, les effets de ce principe... ne peuvent s'étendre au droit fiscal qui est régi par des dispositions spéciales ».

La règle précédente reçut cependant quelques tempéraments. Il avait paru en effet qu'elle était applicable lors même que la licitation était présentée à la formalité en même temps que le partage qui attribuait au colicitant adjudicataire la totalité de son prix. Cette doctrine ne fut pas admise par la Cour de Cassation (Cass. Ch. réunies, 6 nov. 1851, D., 51-1-314, Instr. 1912, § 3. — 12 mai 1870, D., 1-225, Instr. 2403; Civ., 22 juillet 1872, D., 72-1-420, Instr. 2456, § 4. Cours de Lyon n° 785).

« Attendu, porte l'arrêt du 12 mai 1870, que lorsque le jugement d'adjudication est présenté à la formalité de l'enregistrement simultanément avec le partage qui attribue à l'héritier adjudicataire, pour le remplir de ses droits, l'excédent de sa part dans le prix, il n'y a lieu qu'à la perception du droit fixe auquel sera soumis les partages entre co-propriétaires, parce que la licitation est alors considérée comme un acte d'exécution du partage et se confond dans une seule et même opération ».

Il résulte de cette jurisprudence que si le partage qui attribue au colicitant adjudicataire une partie seulement de son prix, est présenté à la formalité en même temps que l'acte de licitation lui-même, le tout s'analyse en une opération unique équivalente à un partage avec soulte.

La licitation est dès lors enregistrée au droit fixe, mais si les frais antérieurs à l'adjudication sont payables en sus du prix, le droit de mutation frappe la part des colicitants dans ces frais. Quant au droit de soulte, exigible sur l'acte de partage il est calculé d'après la nature du bien licité, et non de la façon la plus favorable aux parties. Il faut admettre en effet que celles-ci ont entendu régler elles-mêmes l'imputation de la soulte. Le droit de partage est assis à raison de 0.75 % sur la valeur totale de la masse indivise, déduction faite des sommes qui ont subi le droit de mutation. Bien entendu toutes ces colutions supposent que le partage présenté à la formalité en même temps que l'acte d'adjudication, est obligatoire pour tous les intéressés; s'il en était autrement, et tel serait le cas d'un acte de partage intervenu entre des mineurs, avant son homologation, la perception se ferait dans les formes habituelles conformément à l'article 69 de la loi du 22 frimaire an VII.

Quand aucun partage n'est encore intervenu au moment de la formalité, le droit proportionnel est donc exigible sur la valeur des parts acquises. Sous l'empire de la législation ancienne, cette perception était définitive. L'Administration par une large inter-

prétation de la loi du 18 janvier 1912, autorise la révision de la perception, si un partage postérieur vient à régler le sort du prix, pourvu que la perception de 5 ans et 1 an édictée par le nouvel article 61 de la loi de frimaire, ne soit pas acquise au Trésor. (Sol, 23 nov. 1912, R. E., 5720, Instr. 3370, § 18). Cette révision de la perception s'opère conformément aux règles qui ont été ci-dessus exposées.

Il est donc permis de conclure de cette étude préliminaire que les licitations prononcées au profit de l'un des communistes ne sont pratiquement plus assujetties au droit de mutation. Tout au plus peut-on dire que les parties sont tenues de faire l'avance de sommes qui leur seront ultérieurement remboursées si, comme cela doit être, un acte de partage est présenté à la formalité qui attribue à l'adjudicataire tout ou partie de son prix de licitation. Mais c'est justement pour éviter cette avance, qui, dans certaines hypothèses, ne va pas sans être très importante, que la pratique a inventé la promesse d'attribution.

CHAPITRE II

HISTORIQUE DE LA PROMESSE D'ATTRIBUTION

La fiscalité des seigneurs féodaux eut pour résultat l'apparition vers le 16^e siècle d'un principe nouveau, très discuté depuis, celui de l'effet déclaratif du partage. Pour ne pas être en reste avec leurs prédécesseurs, les praticiens de la fin du siècle dernier, inventèrent à leur tour la promesse d'attribution, pour esquiver l'avance des droits très élevés, auxquelles étaient assujetties les licitations ordinaires. Dans l'un comme dans l'autre cas, nous sommes en présence du conflit continuuel qui oppose les redevables à l'Administration, les uns essayant d'échapper à l'arsenal sans cesse plus perfectionné de l'autre.

Il semble bien que le premier arrêt qui ait à statuer sur la question, soit celui rendu par la Chambre Civile de la Cour de Cassation le 12 juillet 1870, à la suite d'un jugement en sens contraire du Tribunal de Lille du 5 février de l'année précédente.

Les cohéritiers d'un domaine dit de Fontaine et de divers autres biens avaient décidé, pour provoquer entre eux par la concurrence des enchères une plus-value sur l'estimation de cet immeuble, de l'attribuer

à l'héritier le plus offrant. Il était en outre convenu que celui-ci, qui ne serait tenu à l'obligation d'aucun prix, prendrait l'immeuble dans son lot, pour le montant de son enchère, et ferait abandon à ses cohéritiers de ses propres droits dans les autres biens communs, expressément affectés, exclusivement à lui, à la formation ultérieure de lots en nature pour des valeurs égales et correspondantes.

L'Administration de l'Enregistrement décida de percevoir, sur l'acte d'attribution, le droit proportionnel de mutation sur la valeur des parts acquises par le colicitant dernier enchérisseur. Sur instance des intéressés, le tribunal de Lille, dans son jugement précité du 5 février 1869, lui donna gain de cause, motif pris que « deux des quatre héritiers désirant obtenir cet immeuble et ne pouvant s'entendre, il y avait eu nécessité de recourir au mode édicté par l'article 1686 du Code Napoléon », ce qui avait eu pour résultat « de transmettre irrévocablement à l'adjudicataire la terre de Fontaine et que dès ce jour il y avait eu mutation de propriété ».

Sur pouvoir consécutif, la Chambre Civile le 12 juillet 1870, cassa cette décision par un arrêt très fortement motivé.

« Attendu, y est-il dit, que l'attribution du domaine de Fontaine, ainsi faite au plus offrant, n'était destinée à produire aucun des effets d'une licitation proprement dite; qu'en effet l'attributaire ou assignataire de ce lot n'était point tenu du paiement d'un prix quelconque pour l'acquisition des parts indivises; at-

tendu qu'il était simplement obligé de prendre l'immeuble dans son lot pour la valeur qui serait déterminée par ses offres et qui devait elle-même servir de base pour le lotissement des autres copartageants... qu'il a fait réciproquement et simultanément abandon en leur faveur de ses propres droits dans les autres biens communs qui étaient affectés à la formation de lots en nature pour des valeurs égales et correspondantes... qu'ainsi les deux actes (le pacte de famille et l'acte d'attribution) constituent par voie de lotissement amiable un partage partiel en nature. »

Cet arrêt qui est considéré par beaucoup d'auteurs, comme l'arrêt fondamental en la matière, ne semble pas cependant avoir l'importance qu'on a voulu lui donner. Certes on y reconnaît la première ébauche de ce qui, un peu plus tard, va devenir la promesse d'attribution. Il faut convenir toutefois, que les faits de la cause ne pouvaient guère laisser de doutes, et qu'il s'agissait bien en l'espèce d'un partage ayant pour objet le lotissement d'une partie de l'hérédité seulement.

Il y a en effet deux sortes de partages partiels. Ou bien l'opération ne porte que sur une partie des biens indivis, possédés au même titre et répartis entre tous les cohéritiers, ou bien au contraire, elle se borne à régler l'attribution à l'un quelconque des co-héritiers, d'une partie des biens pour former soit la totalité, soit une portion de leur part dans les biens indivis. La convention sur laquelle la Cour avait à statuer, rentrait évidemment dans cette deuxième espèce de partage

(J. E., 18-894). Tout au contraire de la promesse d'attribution actuelle, qui a pour but de maintenir l'indivision, le pacte en question avait pour résultat une attribution immédiate mettant complètement fin à l'indivision.

Cet arrêt, quoi qu'on en dise n'a donc qu'un intérêt historique et ne peut guère servir d'argument dans la discussion qui va suivre.

La jurisprudence de 1890 à 1903.

Tout autre est le jugement du Tribunal de Reims du 11 février 1890 (J. E. 23463). La clause d'attribution y apparaît dès cette époque en sa forme définitive. L'article 7 du cahier des charges dressé préalablement à l'adjudication porte en effet que « Si les feux s'éteignent sur une enchère portée par l'un des copropriétaires vendeurs, il ne sera pas déclaré adjudicataire, mais que le fait même de l'extinction des feux, constaté par le Procès-Verbal d'enchères, vaudra l'engagement de sa part comme de la part des copropriétaires et copartageants, d'en accepter et d'en faire l'attribution dans le partage définitif des biens indivis entre eux, pour la somme sur laquelle les feux se seront éteints et de faire remonter son attribution au jour fixé pour l'entrée en jouissance, et en faisant compte à la masse à titre d'indemnité de jouissance, d'une somme égale aux intérêts que produirait le chif-

fre pour lequel l'immeuble lui serait attribué, calculés au taux de 5 % par an à partir du jour fixé pour l'entrée en jouissance, d'une somme égale aux intérêts que produirait le chiffre pour lequel l'immeuble lui serait attribué, calculés au taux de 5 % par an à partir du jour fixé pour l'entrée en jouissance, jusqu'à l'époque fixée dans le dit partage pour la jouissance divise ».

Au fond, cela peut se résumer en deux lignes pour éviter les droits de mutation, les parties suppriment la transmission de la propriété, en laissant l'immeuble dans l'indivision.

L'Administration par divers mémoires soutint qu'en vertu de cette clause, l'héritier adjudicataire était devenu propriétaire exclusif des biens licités, sans avoir fait abandon de ses droits dans les autres valeurs indivises. Le Tribunal la débouta de sa demande en décidant que le cahier des charges ne saurait être interprété comme renfermant « une promesse de vente, mais seulement une promesse d'attribution, c'est-à-dire un engagement réciproque d'effectuer le partage d'une certaine façon ».

Ainsi présentée, l'affaire est donc entièrement différente de celle de 1870. A dire vrai ce n'est pas la jurisprudence qui a varié mais la pratique qui a nettement évolué dans la voie qu'elle-même s'était fixée. En 1870, les parties faisaient un partage par une attribution définitive d'un bien de l'hérédité moyennant un abandon égal de droits dans le surplus de l'actif commun; en 1890, il s'agit tout au contraire du main-

tien dans l'indivision d'un immeuble qui aurait dû en sortir par la conclusion normale de la licitation.

La Direction Générale de l'Enregistrement, accepta la doctrine de cette décision par la solution du 8 novembre 1899 (R. E. 2452) qui prescrit de percevoir sur les actes de la sorte que le droit fixe de 3 francs. C'était donc reconnaître la validité entière de la clause d'attribution et le maintien de l'immeuble dans l'indivision.

Les décisions qui intervinrent par la suite ne modifièrent pas un principe qui semblait définitivement établi et n'eurent guère à statuer que sur des difficultés d'ordre secondaire. Le tribunal de Nantes en particulier, jugea le 28 février 1901, que la perception de la taxe judiciaire était indépendante de la perception du droit de mutation, et qu'elle était de ce fait exigible sur la valeur totale de l'enchère. Les jugements des tribunaux de Guingamp et de Lille n'apportèrent pas de faits nouveaux en la matière.

Au début de ce siècle, donc, la pratique paraît avoir réussi dans son entreprise. La clause d'attribution, inventée dans un but exclusivement fiscal, est sanctionnée par la jurisprudence, et la Direction Générale de l'Enregistrement s'est si bien inclinée devant cet artifice nouveau, que dès 1899, elle a prescrit de percevoir sur cette disposition le droit fixe des obligations de faire, à l'exclusion de tout droit proportionnel de vente. Personne ne pouvait songer que, quelques années plus tard, la Cour de Cassation allait, très incidemment d'ailleurs, jeter à bas un édifice si habilement conçu.

La jurisprudence de 1903 à 1931.

L'arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 19 octobre 1903 (D. P. 1906-1-273) a ceci de particulier avec la plupart des décisions qui vont suivre, que l'Administration de l'Enregistrement n'était en aucune façon partie à l'instance. Créée dans un but fiscal, mais produisant des effets dans l'ordre civil, la clause d'attribution devait nécessairement porter atteinte aux obligations réciproques des intéressés, telles qu'elles résultent habituellement d'un acte de licitation pure et simple. Laissés dans l'indivision, quelquefois par surprise, ceux-ci devaient être amenés à faire prononcer la nullité de la promesse d'attribution, toutes les fois que cette clause irait en sens contraire de leurs intérêts.

En particulier, les divers actes qui mettent fin à l'indivision, partage et licitation tranchée au profit de l'un des colicitants, engendrent le privilège du copartageant sur les immeubles qui y sont compris. La loi ordonne que ce privilège soit inscrit dans le délai de 60 jours et fixe le point de départ de ce délai au jour du partage ou de l'adjudication faisant cesser l'indivision. (Code Civil, art. 2109). Elle sanctionne cette règle en décidant que si cette condition n'est pas remplie, la créance ne cesse pas d'être hypothécaire, mais que l'hypothèque ne prend rang qu'à la date de l'inscription qui en est ultérieurement requise (C. C. art. 2113). La question s'est donc très vite posée de savoir,

si la clause d'attribution en maintenant l'indivision, retardait également le point de départ du délai. Si la clause était nulle le privilège devait nécessairement être inscrit dans les 60 jours de la licitation elle-même.

La Cour de Cassation n'a pas hésité à prononcer la nullité de la promesse d'attribution attendu que « quelle qu'ait été la formule employée dans le procès-verbal d'adjudication, cet acte a eu en réalité, pour effet immédiat de faire cesser l'indivision relativement aux immeubles, puisque l'adjudicataire acquérait définitivement un droit exclusif à la propriété, moyennant un prix déterminé, et que ce droit n'était nullement subordonné à l'événement de la liquidation, où devait être seulement fixée la part revenant à chacun dans le prix ».

On a reproché à la Cour de Cassation d'avoir évité de se prononcer sur le caractère de partage ou d'adjudication de l'acte qui lui était soumis. On lui a reproché en outre d'être en contradiction avec l'arrêt précité de 1870. En réalité le reproche n'est pas fondé. dente, le pacte de famille préalable aux opérations Comme nous l'avons déjà dit, dans l'espèce précédente de lotissement, rapproché de l'attribution ultérieure, avait certainement tous les caractères d'un partage partiel. Mais aucune analogie n'était possible avec l'affaire en cause, et la Cour s'en aperçut si bien, qu'elle motiva sa décision de façon toute différente. Non contente de prononcer la nullité de la promesse d'attribution et bien loin d'esquiver la difficulté, elle

décida qu'il y avait eu licitation pure et simple, emportant l'exigibilité immédiate du prix.

C'est sans doute pour éviter les conséquences de cet arrêt que la **Chambre des Notaires de Lille**, convint dans sa séance du 2 décembre 1908 de modifier le sens de la promesse d'attribution et d'en faire carrément une condition suspensive de la réalisation de la licitation. Aussi décida-t-elle de faire insérer à compter de cette date, dans les cahiers des charges des adjudications de son ressort, la clause suivante : « Si la dernière enchère est portée par un colicitant, l'adjudication sera prononcée sous la condition suspensive qu'elle n'aura d'effet que du jour, soit du paiement ou de la consignation du prix, soit du partage dans lequel l'attribution du dit prix devra être acceptée par l'enchérisseur, et lui être faite par les autres copartageants, aux conditions du cahier des charges, notamment pour l'entrée en jouissance de l'immeuble qui sera aux risques de l'enchérisseur du jour de l'adjudication... »

Le tribunal de Lille le 25 juillet 1912 (J. E. 5839) jugea que c'était sans doute aller un peu loin et prononça lui aussi la nullité de cette clause nouvelle, « étant inadmissible que des copropriétaires, procédant à une licitation dans le but de faire cesser l'indivision aient entendu subordonner l'existence de cette limitation au bon plaisir de l'adjudicataire, qui en refusant l'attribution du prix pourrait non seulement rendre inutiles et frustratoires les frais exposés pour parvenir à l'adjudication, mais encore entraver les opérations du partage ».

Autrement important est l'arrêt de la Chambre Civile du 27 juin 1928. La Cour de Cassation avait déjà décidé en 1903 que la clause d'attribution étant nulle, l'immeuble licité sortait immédiatement de l'indivision ce qui obligeait les intéressés à faire inscrire leur privilège dans les 60 jours de l'adjudication. Mais si la promesse d'attribution est nulle, par ce fait même le prix est dû, et si l'adjudicataire ne remplit pas ses engagements, la procédure de folle enchère peut être engagée contre lui. C'est sur cette délicate question que la Cour Suprême fut appelée à se prononcer.

Contrairement à ce que beaucoup supposaient, elle maintint sa jurisprudence antérieure avec des motifs qui ne peuvent laisser aucun doute à cet égard. Repoussant les objections de l'adjudicataire, elle décida notamment « qu'il ne peut dépendre des parties, dans une matière où l'intérêt des tiers se trouve engagé, d'enlever à l'acte qui constate la licitation, par de fausses qualifications insérées au cahier des charges, le caractère qui lui appartient légalement; que l'ordonnance qui constate l'enchère a eu pour effet immédiat de faire cesser l'indivision relativement aux immeubles, puisque l'acheteur acquérait définitivement un droit exclusif à la propriété moyennant un prix déterminé ». Et la Cour confirmant l'ordonnance du juge des référés, autorise la délivrance du certificat prévu par l'article 734 du C. Pr. Civ.

Entre temps l'Administration pour se conformer à cette jurisprudence nouvelle avait décidé par une solution du 12 mars 1927 (R. E. 9210, § II) de perce-

voir le droit proportionnel de partage sur les licitations flanquées d'une promesse d'attribution.

Jurisprudence récente.

Le 15 juillet 1931, dans un arrêt rapporté dans le Dalloz périodique (1931-I, p. 161), la Chambre des Requêtes devait être amenée à jeter une fois de plus, implicitement tout au moins, le désarroi dans une jurisprudence qui paraissait à nouveau bien établie.

Au fond la question qu'il s'agissait de résoudre était en tous points semblable à celles qui ont été précédemment étudiées. La validité de la clause d'attribution était-elle reconnue ? L'adjudication n'étant pas prononcée, la procédure de surenchère était impossible à justifier tant à l'égard des héritiers que vis-à-vis des tiers intéressés eux-mêmes. Dans le cas contraire, la promesse étant considérée comme nulle, le colicitant dernier enchérisseur était proclamé adjudicataire sous réserve d'une surenchère toujours possible, non seulement de la part des étrangers mais des héritiers eux-mêmes.

L'arrêt de la Chambre des Requêtes, semble admettre, incidemment peut-être, mais de la façon la plus nette, la validité de la clause d'attribution lorsque les parties sont majeures. La Cour donne d'ailleurs à ce résultat moins la valeur d'une solution de principe, que celle d'une solution d'espèce. Sans

prendre elle-même partie, elle confirme la décision du juge du fait, reposant sur une juste interprétation des actes.

Dans ces conditions, la Chambre des Requêtes admet la validité de la surenchère venant d'un tiers dès l'instant « que la clause d'attribution liait les colicitants, mais non les tiers, pour lesquels les dernières enchères d'un copropriétaire vendeur entraînaient adjudication véritable, et par conséquent faculté de surenchère ».

Cette jurisprudence nouvelle semble avoir rallié à son tour la Chambre Civile de la Cour de Cassation. (Arrêt du 26 avril 1932, D. H. 32, p. 315), qui évite elle aussi — et très habilement d'ailleurs — de se prononcer sur la question de droit pour laisser les premiers juges libres de statuer d'après l'intention présumée des parties. Cet arrêt décide notamment que « la promesse d'attribution ne peut avoir d'effet qu'au regard des colicitants et se substitue comme cause définitive de mutation de propriété pour les copartageants à l'adjudication elle-même, et écarte toute procédure de folle enchère ». Il en résulte en particulier que la folle enchère tranchée au profit de l'un des copartageants doit être annulée.

La question est loin cependant d'être entièrement résolue et les tribunaux continuent à demeurer très divisés. La promesse d'attribution rencontre encore de très vives résistances en ce qui concerne sa validité et ses effets. Tout dernièrement la Cour d'Appel de Montpellier s'est prononcée en sens contraire de la

jurisprudence la plus récente de la Cour de Cassation (Arrêt du 5 avril 1933. D. P. 34-II-80).

Dans une affaire analogue à celle de 1903, cette Cour d'Appel dénie toute efficacité à la clause d'attribution et décide que l'adjudication a pour résultat immédiat de faire sortir l'immeuble de l'indivision. Il en résulte, que le délai de 60 jours pour prendre inscription du privilège du copartageant court du jour de cette adjudication et non du jour du partage final.

La même Cour d'Appel, dans un autre arrêt rendu le même jour que l'arrêt ci-dessus et entre les mêmes parties (D. H. 1933. 372) a refusé également tout effet à la clause d'attribution, et se mettant en opposition avec l'arrêt précité de la Chambre Civile du 26 avril 1932, décidé que les colicitants de l'attributaire sont fondés à poursuivre la folle enchère si ce dernier n'exécute pas les obligations prévues au Cahier des Charges.

La conclusion de cette longue étude est donc qu'à l'heure actuelle la jurisprudence semble s'orienter vers une solution médiane, validant la promesse d'attribution entre les intéressés et l'annulant vis-à-vis des tiers, sans qu'il soit possible d'affirmer que cette évolution soit définitivement terminée.

CHAPITRE III

LA PROMESSE D'ATTRIBUTION

Obligation de faire.

Trois systèmes ont donc été successivement sanctionnés par la jurisprudence : jusqu'en 1903, les tribunaux décident que la promesse d'attribution est valable; l'indivision subsistant, la clause s'analyse en une obligation réciproque d'effectuer le partage d'une certaine façon. Cette obligation n'ayant pas pour objet le transfert d'un droit de propriété est indiscutablement une obligation de faire. Après cette date, la Chambre civile, en prononce la nullité et déclare la licitation pure et simple. Finalement depuis 1931, la jurisprudence semble se stabiliser vers une solution conciliatrice.

La question se pose donc tout d'abord de savoir si la licitation avec promesse d'attribution doit être considérée en droit civil, comme laissant les choses en l'état. Cette clause ainsi qu'il a déjà été dit est généralement libellée ainsi qu'il suit « Si les feux

s'éteignent sur une enchère portée par l'un des copropriétaires, il n'en sera pas déclaré adjudicataire mais le fait de l'extinction des feux constaté par le procès-verbal d'adjudication, vaudra l'engagement de sa part, comme de la part de ses copropriétaires d'en accepter et d'en faire l'attribution dans le partage des biens indivis pour la somme sur laquelle les feux se sont éteints ».

Le problème à résoudre est donc le suivant : si une semblable clause a été insérée dans un cahier des charges, et si l'adjudication a été prononcée en faveur d'un colicitant, la clause est-elle valable. C'est que si l'on se prononce pour l'affirmative, les conséquences qui en résultent sont d'un point de vue strictement de droit civil particulièrement importantes. Elles peuvent être classées en trois catégories différentes :

- 1° l'immeuble reste dans l'indivision;
- 2° les parties sont liées par la clause d'attribution durant la période antérieure au partage;
- 3° elles sont liées également au moment même de la confection du partage.

L'immeuble reste dans l'indivision.

« L'Indivision dit Marcadé, est l'état d'une chose appartenant à plusieurs personnes dont chacune est pour une portion quelconque propriétaire de la chose

entière ». Le droit de chacun porte donc sur l'ensemble et non sur une portion déterminée de la chose commune; il ne consiste pas en un objet matériellement défini, mais en une quote-part s'exprimant par un chiffre.

Le Code ne traite pas de l'indivision. Il s'occupe seulement de certaines formes de l'indivision et c'est à la doctrine et à la jurisprudence que revient le mérite d'avoir élaboré une théorie générale de cette forme de la propriété en utilisant les textes de l'indivision héréditaire et de la Société civile. Elle distingue entre la quote part idéale et la chose elle-même.

Chaque copropriétaire est considéré comme ayant un véritable droit de propriété sur sa quote part. Il peut donc exercer sur cette part, sans le consentement des autres, les droits inhérents à la propriété qui ne sont incompatibles avec la nature intellectuelle de cette quote-part, la vendre ou la donner sans que les autres puissent exercer le retrait dont bénéficient seuls les cohéritiers (C. C. art. 821); l'hypothéquer, mais l'hypothèque peut tomber par l'effet subséquent du partage; agir en revendication à l'encontre d'un tiers pour obtenir le délaissement d'une partie matériellement déterminée, mais non pour faire reconnaître son droit de copropriété sur la chose.

Chacun des communistes a le droit d'user librement de la chose commune à la condition de n'en pas changer la destination et de causer ni dommages ni troubles à la possession des autres. On étend en effet

à la simple indivision l'article 1851, al. 2, du Code Civil, aux termes duquel « Si les choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues ou si elles ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire, elles sont aux risques de la société ».

Par contre chacun des coindivisaires ne peut disposer ni matériellement ni juridiquement de la chose elle-même ou d'une partie quelconque de cette chose,

1° la vente consentie par l'un des copartageants n'est donc valable que pour la seule part du vendeur,

2° aucun des héritiers ne peut dénaturer la chose ni changer sa destination,

3° aucun acte d'administration n'est possible sans le concours de tous. Cependant les tribunaux valident certains actes individuels par l'idée de gestion d'affaires.

Enfin aux termes de l'article 2.205 du Code Civil, la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage. Ce texte doit-il être appliqué à toute indivision. Si l'on admet que l'article 2.205 repose sur le motif développé au Corps Législatif par le tribun Lahary, à savoir que le droit de chaque cohéritier sur les biens de la masse héréditaire ne peut être déterminée pendant l'indivision à raison des rapports à effectuer ou appliquer à ce texte à l'indivision d'une communauté ou d'une Société, mais non aux autres hypothèses d'indivision. Si l'on admet au contraire que la prohibition de

l'art. 2.205 repose sur le motif qu'une part indivise se vendrait mal, l'interdiction doit être généralisée. C'est la tendance actuelle de la jurisprudence. Il est certain que l'art. 2.205 ne s'applique pas si la dette est commune à tous les intéressés.

Conformément à cette théorie doctrinale de l'indivision, il résulte que :

1° le droit de l'adjudicataire après la promesse d'attribution n'est pas encore matériellement déterminé; il n'est que d'une quote-part sur le tout,

2° les fruits postérieurs à la licitation continuent à accroître la masse commune conformément au principe « *Fructus agent hereditatem* »,

3° les risques continuent à demeurer à la charge de tous les coindivisionnaires qui sont appelés à subir tous ensemble la perte de l'immeuble pour cause de cas fortuit ou de force majeure,

4° la transmission de la propriété n'ayant pas eu lieu aucun droit proportionnel d'enregistrement ne peut être perçu,

5° si l'adjudicataire vient à décéder, il transmet à ses héritiers, non pas un immeuble, mais une quote-part abstraite de la masse totale indivise.

Toutes ces conclusions sont la conséquence logique du principe fondamental d'après lequel la licitation avec promesse d'attribution n'emporte aucune transmission actuelle et définitive de propriété.

**La clause d'attribution et les effets
pendant la période antérieure au partage.**

Les conventions légalement formées ayant force de loi pour ceux qui les ont faites, doivent être exécutées dès l'instant que les parties sont majeures et maîtresses de leurs droits. La clause d'attribution s'impose donc à ceux qui l'ont acceptée alors même, que dépassant le but poursuivi elle deviendrait contraire à leurs intérêts.

1° De ce que l'immeuble est la propriété indivise des colicitants, il en résulte notamment que l'adjudicataire n'est redevable d'aucun prix. Jusqu'au moment du partage définitif, il demeure sur le même pied d'égalité que les autres indivisaires eux-mêmes. Il n'a contracté qu'une obligation, celle de recevoir l'immeuble qui lui a été adjugé pour le montant de son enchère. Peut-être sera-t-il débiteur de quelque chose, mais ce sera non en vertu de la licitation, mais en vertu du partage postérieur, qui par la composition des lots, pourra égaliser les parts en attribuant aux autres copropriétaires des biens en nature, ou les compenser à l'aide de soultes correspondantes. En admettant même un instant que l'immeuble soit attribué à l'adjudicataire en sus de sa part normale, il sera débiteur vis-à-vis des autres, non d'un prix de licitation qui n'a jamais été exigible faute d'adjudication prononcée, mais d'une soulte qui produira intérêts du jour du partage.

2°) Aux termes de l'article 2109 du C. C. le copartageant doit inscrire son privilège dans les 60 jours à compter du partage ou de l'adjudication sur licitation. Ce privilège garantit toutes les créances qui ont leur source dans les opérations de partage, qu'il s'agisse de soulte, de prix de licitation, ou de recours en garantie. Destiné à assurer le paiement du prix de licitation, il porte uniquement sur l'immeuble licité. Mais bien entendu, il ne peut être inscrit que tout autant que l'adjudicataire est lui-même débiteur du prix. La promesse d'attribution s'oppose donc à ce qu'aucune inscription soit prise avant le partage définitif, puisque la licitation n'empêche pas l'indivision de subsister.

3°) Le copartageant dernier enchérisseur peut repousser toute surenchère faite par un autre colicitant. Ceci s'explique puisque aucune adjudication n'a été prononcée à la suite de l'extinction des feux. Mais dès lors, rien ne paraît s'opposer à ce que la procédure de surenchère ne soit, pour les mêmes motifs, également interdite aux tiers.

Sur ce point M. Savatier devient moins affirmatif :

« On ne peut nier, dit-il, que la clause d'attribution, en ce qu'elle interdit la surenchère, devienne en effet contraire aux intérêts, non seulement des tiers, mais des parties. Car la surenchère, est un moyen essentiel de permettre à l'immeuble d'atteindre son véritable prix, ce qui correspond à la sauvegarde de tous les colicitants, non moins qu'à l'intérêt du surenchérisseur. Le fait que la surenchère cesserait d'être pos-

sible si le dernier enchérisseur était un des colicitants, apparaît donc fâcheux à tous les points de vue.

« Ce raisonnement suggère une indication pratique pour les notaires rédacteurs des cahiers des charges. S'ils font figurer dans ceux-ci une clause d'attribution, pourquoi n'y réserveraient-ils pas expressément la possibilité générale d'une surenchère, même lorsque le dernier enchérisseur est un des colicitants ? Il suffirait, pour sauvegarder les intérêts auxquels correspond la clause d'attribution, d'indiquer que la surenchère, si elle est faite, par l'une des parties, n'aura elle-même pour résultat qu'une promesse d'attribution. Sous cette réserve, il serait par ailleurs déclaré au cahier des charges que les colicitants entendent rendre la clause d'attribution opposable à tous.

« Ainsi, ajoute l'auteur, la pratique ayant fait un pas vers la jurisprudence, on pourrait espérer voir la jurisprudence faire un nouveau pas vers la pratique en reconnaissant cette fois sans réserve, la validité de la clause d'attribution ».

Cet exposé si brillant soit-il, ne conduit-il pas à conclure, qu'en sa forme actuelle, la promesse d'attribution est partiellement inopérante. Si l'on admet qu'il y a possibilité de surenchère, il faut nécessairement supposer au préalable l'existence de l'adjudication. Le raisonnement est indivisible, et la distinction que fait M. Savatier, montre de toute évidence qu'il est impossible de se prononcer sans réserve pour la validité de la clause d'attribution.

4°) De même l'existence de cette clause dans le

Cahier des charges préalable, entraîne à décider contrairement à l'arrêt de la Chambre Civile du 27 juin 1928, que la procédure de folle enchère ne peut être poursuivie contre le colicitant adjudicataire. En effet, un partage ne peut pas être résolu pour défaut de paiement d'une soulte ou d'un prix de licitation. Les cohéritiers ne sont pas les ayants cause les uns des autres, puisqu'ils tiennent leurs droits du défunt. L'action en résolution, qui se comprend en matière de vente, manque donc de base en matière de partage (Planiol et Ripert t. III 2406).

5°) Aux termes de l'article 1674 du Code Civil « Si le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus value ». Cette action, si générale soit-elle, est refusée cependant pour deux sortes de ventes :

a) les ventes aléatoires,

b) les ventes faites par autorité de justice. Le motif de cette dernière exception paraît être tiré des avantages qu'offre ce procédé, qui comporte de sérieuses garanties. Cependant cette exception ne concerne pas toutes les ventes faites en justice, mais seulement celles qui ne peuvent être faites que « d'autorité de justice » (art. 1684). Donc les ventes qui se font en justice, mais qui auraient tout aussi bien pu se faire à l'amiable restent soumises au droit commun. (Planiol et Ripert t. II, n° 2418). Cette conclusion est-elle

susceptible d'être applicable en l'espèce. Rien ne permet de le supposer, car l'attribution de l'immeuble résultant, non de l'adjudication mais du partage, c'est d'après les causes de nullité propres à ce dernier acte que la difficulté doit être résolue.

Effet de la clause lors du partage définitif.

Si la promesse d'attribution est une simple obligation de faire, il faut décider enfin que les parties sont liées entre elles au moment même de la confection du partage définitif.

D'une part, l'adjudicataire peut exiger de recevoir dans son lot l'immeuble qui lui a été adjugé avec l'estimation correspondant à son enchère, et d'autre part ses colicitants sont en droit de lui imposer cette attribution. C'est le résultat logique de la clause elle-même.

Cependant le problème se complique singulièrement, si l'on suppose que l'immeuble a été vendu par le colicitant attributaire, dès avant l'acte de partage. Certes il n'y a aucune difficulté si la masse à partager est suffisamment importante pour que chacun des copropriétaires soit loti dans la limite de ses droits. Dans ce cas la vente prématurée est en effet rétroactivement validée pour le tout, par l'attribution qui est faite à chacun de valeurs équivalentes à l'estimation de l'immeuble sur la base de la dernière enchère.

Mais que faut-il décider dans le cas contraire. La question n'offre d'intérêt que si l'on suppose l'insolvabilité subséquente du colicitant bénéficiaire de la clause d'attribution. Celui-ci, sans attendre l'acte de partage, a vendu et encaissé le prix de l'immeuble qu'il a promis de recevoir dans son lot pour le montant de son enchère. Lors du partage définitif, la masse indivise n'étant pas suffisante, il est déclaré attributaire moyennant le versement d'une soulte qu'il est dans l'impossibilité de verser.

Faut-il sacrifier le tiers acquéreur qui a acheté « a non domino » et déclarer la vente nulle comme vente de la chose d'autrui. Juridiquement la chose est impossible car l'alinéation se trouve validée par l'effet rétroactif du partage. Le créancier n'est pas davantage lésé pour cela, comme on pourrait le croire, s'il a eu soin d'inscrire son privilège de copartageant. Evidemment le détenteur de l'immeuble risque de payer deux fois, mais il a commis une faute en achetant son bien, avant la réalisation du partage qui devait en effectuer le lotissement définitif.

Justification de cette théorie.

Les principales conséquences qu'engendre la validité de la clause d'attribution viennent d'être étudiées. Elles sont particulièrement nombreuses et importantes, mais il reste à les justifier. L'argumenta-

tion en a été surtout condensée et formulée par M. Savatier sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 juillet 1931, déjà cité (D. P. 1931-1, p. 161).

Le cahier des charges dressé préalablement à une adjudication n'est autre chose que l'offre faite par les copropriétaires de vendre aux tiers éventuellement acquéreurs sous telles et telles conditions. Cette offre, d'ailleurs, tant qu'elle n'a pas été acceptée peut être retirée ou modifiée sans que personne puisse s'y opposer; elle peut aussi être faite purement et simplement ou avec certaines modalités. Ce dernier cas est le plus fréquent. Le Cahier des Charges détermine par avance les obligations de l'acquéreur, les délais de paiement du prix, la date de l'entrée en jouissance, et généralement tout ce qui intervient dans la conclusion du contrat.

Mais rien n'empêche d'aller plus loin et de décider que l'offre peut être conditionnelle. Aucun motif juridique n'interdit de penser que la volonté des parties, sur ce point soit entièrement souveraine; rien ne s'oppose en particulier à ce que, dans un cahier des charges, les vendeurs fassent insérer une clause indiquant que si tel prix n'est pas atteint, l'immeuble ne sera pas vendu. C'est ce que fait continuellement l'Etat dans une activité voisine, lorsqu'il n'accepte pas les soumissions qui restent inférieures au prix de base préalablement déterminé.

Pourquoi, dès lors, dénier aux copartageants le droit de décider que si la plus haute enchère est portée par l'un d'eux, l'offre de vente est retirée vis-à-vis

de tous. S'il en est ainsi, rien ne les empêche alors de régler entre eux les modalités d'attribution de l'immeuble licité. A ce moment en effet, les étrangers n'ont plus à intervenir puisqu'ils ont tacitement repoussé l'offre qui leur était faite, et leurs intérêts ne sauraient en souffrir.

Il est impossible dit à ce sujet M. de Loynes d'aller en opposition formelle avec les faits et avec la volonté des parties. Celles-ci ont stipulé que l'immeuble lui-même serait compris dans la masse à partager et que l'enchère en déterminerait la valeur. Il n'y a donc pas de vente puisqu'il n'y a pas eu de prix, et la volonté des parties étant souveraine, celles-ci ont pu légitimement retarder le transfert de la propriété. C'est précisément leur but lorsque par une clause spéciale elles décident que si la dernière enchère est portée par l'un des colicitants, le moment où se consommera l'attribution sera retardée jusqu'au jour du partage à intervenir.

Ces arguments semblent avoir convaincu la grande majorité de la doctrine et entraîné l'adhésion de MM. Planiol et Ripert, eux-mêmes.

(Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, *SS^{on}* n° 531).

CHAPITRE IV

TROIS CAS DE NULLITE DE LA PROMESSE D'ATTRIBUTION

Bien que la liberté des conventions soit la règle et que de ce fait la licitation avec promesse d'attribution bénéficie d'une sorte de présomption favorable, il n'est pas sans intérêt néanmoins de rechercher, si dans certains cas la clause n'est pas, soit en opposition avec certains principes de notre droit, soit incompatible avec les circonstances mêmes de l'acte, soit en opposition avec les décisions de la jurisprudence. A ces trois idées différentes, correspondent trois hypothèses — vente de biens de mineurs — insuffisance de la masse indivise — variation des estimations — où la validité de la promesse d'attribution peut être sérieusement mise en doute.

Vente de biens de mineurs d'absents ou d'interdits.

Les motifs qui ont poussé la Cour de Cassation à prononcer la nullité de la promesse d'attribution, ressortent assez bien des deux arrêts de la Chambre Civile de 1903 et de 1928.

On lit en effet dans le premier, que la licitation emporte cessation immédiate de l'indivision puisque « l'attributaire acquiert définitivement un droit exclusif à la propriété moyennant un prix déterminé ». C'est au fond, une transposition de l'article 1583 du Code Civil, laquelle a été largement refusée dans le chapitre précédent. L'accord est d'ailleurs à peu près unanime sur ce point. D'après M. Baudry-Lacantinerie, en effet « la vente ne devient parfaite qu'à l'expiration du terme fixé, et c'est seulement à dater de cette époque que l'acheteur est propriétaire et supporte les risques... et si la volonté des parties apparaît clairement, soit par les termes de l'acte, soit par les circonstances, il faut s'y conformer ». Cette théorie est d'ailleurs en conformité avec la jurisprudence qui décide que la translation de la propriété n'a pas lieu par le seul effet du contrat, lorsque les parties, par une convention formelle, l'ont soumise à un terme ou à une condition (Gand, 28 juin 1893, D. P. 94 - 2 - 477). En définitive, il est impossible de faire abstraction complète de la volonté des intéressés.

Plus nuancé, l'arrêt de 1928 déclare seulement qu'il ne peut dépendre, dans une matière où l'intérêt des tiers se trouve engagé, de dénaturer un acte de licitation. Ce motif, qui annonce presque une orientation nouvelle de la jurisprudence de la Cour Suprême, rentre tout naturellement, dans l'étude qui sera faite au chapitre suivant sur les effets relatifs de la promesse d'attribution.

Aussi bien le but de ce développement est-il plus

restreint, et ne vise-t-il, les arguments de la Chambre Civile étant écartés, qu'à rechercher si la clause est valable lorsque parmi les copartageants se trouvent des mineurs ou des interdits.

Il est dit en effet dans le grand ouvrage de droit civil de MM. Planiol et Ripert « que cette convention est certainement valable et qu'on la juge en général possible même en présence de mineurs, moyennant les formalités des articles 457 et 458 du Code Civil; le point est cependant discutable à cause de l'exercice du droit de surenchère ».

Si grande que soit l'autorité de cet ouvrage et de ses auteurs, il semble cependant que le problème soit mal posé. Ou bien en effet la clause d'attribution est nulle, et la licitation est pure et simple,

ou bien elle est momentanément considérée comme valable et alors, les choses étant laissées en l'état, la licitation se combine avec le partage ultérieur. La conclusion de cette distinction est qu'il faut rechercher si la promesse d'attribution est compatible avec le partage judiciaire.

Or les formes de cet acte ont été minutieusement prévues par la loi. En principe les biens héréditaires ne doivent pas être vendus; ils doivent être partagés en nature aussi bien les meubles que les immeubles; chacun des cohéritiers peut en demander sa part. C. Civ. art. 826 et 832). Les meubles peuvent être vendus pour payer les dettes et charges de la succession. Quant aux immeubles ils ne doivent être vendus que dans un seul cas, quand ils sont impartageables. Si

quelques-uns seulement ne peuvent pas être partagés, ceux-là seuls doivent être vendus (art. 827).

La vente se fait aux enchères soit à l'audience des criées devant un des juges du tribunal, soit devant un notaire commis par la justice, au choix du tribunal. Enfin, aux termes de l'article 832 du C. Civ. chaque lot doit contenir autant que possible, la même quantité de biens de même nature, meubles, immeubles, créances, etc. Il doit être formé autant de lots qu'il y a de cohéritiers à prendre part au partage, puisqu'ils doivent être tirés au sort. Cependant si certains héritiers viennent par représentation d'une même souche, on ne fait pour eux qu'un lot unique, celui du représenté, puis ils partagent entre eux celui qui leur est attribué par le sort (art. 836 C. Civ.).

Le tirage au sort se fait devant le juge commissaire ou devant le notaire, et rien n'autorise une dérogation à une règle aussi formelle. La jurisprudence repousse avec raison toutes les tentatives qui sont faites par voie d'attribution, et décide même que si l'immeuble a été vendu par l'un des intéressés, il doit être compris dans la masse malgré le danger des actions récursoires (Civ. 27 mars 1850, D. P. 50-1-123; Douai 5 déc. 1865 - Aubry et Rau t. 10, § 624, note 37, p. 186; Baudry Lacantinerie et Whal t. 3, n° 2554).

Aussi est-il impossible de concilier ces principes avec les effets de la clause d'attribution. Les héritiers ont pu valablement procéder à une licitation, mais le résultat de cette licitation doit être tel que le prix en soit exigible afin de permettre une subroga-

tion du prix à l'immeuble. Dans le cas contraire, si l'indivision est maintenue, le partage judiciaire ne peut être régulièrement poursuivi, puisque l'immeuble licité doit rester en dehors de la masse indivise, ce qui s'oppose au tirage au sort des lots.

C'est pourquoi, et compte tenu également de ce que la clause d'attribution se concilie difficilement avec les procédures de surenchère et de folle enchère, il apparaît qu'un avis favorable du Conseil de famille ne serait pas suffisant pour valider le cahier des charges dressé dans ces conditions. En présence de mineurs, d'absents ou d'interdits, la promesse d'attribution doit être considérée comme nulle.

**L'immeuble licité compose à lui tout seul la masse
à partager.**

L'historique qui a été fait précédemment montre assez le but et l'utilité fiscale de la clause d'attribution. Pour éviter le paiement du droit proportionnel de vente, les parties conviennent de laisser l'immeuble dans l'indivision, de manière qu'il soit possible d'attribuer aux autres colicitants, des lots en nature de valeur sensiblement égale à la valeur de la dernière enchère. La promesse d'attribution suppose donc nécessairement, d'une part que la masse indivise comprend d'autres biens, d'autre part qu'elle est encore suffisamment importante pour que les droits de l'ad-

judicataire soit au plus égaux à la valeur de l'immeuble qui sera mis dans son lot. Si ces deux conditions ne sont pas remplies, la promesse d'attribution est forcément nulle faute d'objet.

En vain objecterait-on qu'il n'y a pas de raison de sanctionner la volonté des intéressés dans un cas et de la négliger dans l'autre. Si grande que soit la liberté laissée par la loi, elle n'est pas cependant tellement grande qu'elle ait pour résultat de dénaturer les contrats. En l'espèce, le partage ultérieur ne peut apporter de changement aux conséquences et aux effets de la licitation primitive. Celle-ci est donc par elle-même suffisante pour faire cesser l'indivision et régler les droits des parties — tout au moins à l'égard du dernier enchérisseur, ce qui aboutit à enlever à la promesse d'attribution tous ses effets pratiques et toute espèce d'intérêt juridique.

**Les variations dans les estimations
peuvent-elles avoir pour conséquence une annulation
de la promesse d'attribution.**

Jusqu'à la guerre de 1914, la question de savoir à quel moment il fallait se placer pour effectuer les estimations de la masse à partager ne présentait guère d'intérêt. La stabilité économique était suffisamment grande pour que les fluctuations soient en elles-mêmes peu importantes. Aussi la question n'avait-elle pas

donné lieu à de sérieuses difficultés. Antérieurement à la guerre de 1914, une divergence de vue se manifestait cependant entre la pratique notariale portée à confondre l'époque des évaluations avec celle des opérations du partage, surtout si un temps assez long les séparait du jour de l'ouverture de la succession, et la jurisprudence qui tendait au contraire à retenir au jour de la transmission successorale toutes les estimations auxquelles celle-ci devait donner lieu. Mais le conflit n'avait jamais pris un aspect assez critique pour être étudié à fond par la doctrine et la jurisprudence.

Le législateur n'a pas prévu la question, et il est certain qu'en une matière aussi complexe, les textes qui pourraient être invoqués à l'appui de l'une ou l'autre théorie ne sont pas suffisants pour permettre de résoudre un problème aussi délicat. D'un point de vue strictement pratique l'évaluation au jour du partage s'impose, si l'on veut établir un juste équilibre entre les héritiers. Sans doute le partage reporte-t-il rétroactivement l'acquisition de propriété au jour de l'ouverture de la succession, mais l'article 883 n'est d'aucune utilité en la matière. Autre chose est la dévolution successorale qui transmet des droits indéterminés, autre chose est un acte de partage qui par ses effets positifs aboutissant à la répartition équitable de l'actif successoral est soumis à des règles particulières. En un mot avant de faire produire à un acte ses effets, mêmes déclaratifs, il convient de rechercher d'abord si juridiquement cet acte est régulier.

Cette solution nécessaire qui aboutit à faire estimer les éléments de la masse partageable au jour de la confection de l'acte faisant cesser l'indivision, ne va pas cependant sans de sérieux inconvénients juridiques. Ce n'est pas sans de grandes difficultés en particulier, qu'il sera pratiquement possible de se placer à des époques différentes pour l'évaluation de la masse et pour l'établissement de la quotité disponible, qui aux termes de l'article 922 du Code Civil se détermine par une réunion fictive des biens donnés « d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur ».

La difficulté augmente encore si, depuis l'ouverture de l'indivision, l'un des copropriétaires s'est rendu acquéreur d'un élément de la masse sur licitation avec promesse d'attribution. Evidemment si la situation économique générale s'est révélée suffisamment stable, entre les deux dates, celle du partage et celle de l'acquisition, la question ne se pose pas. L'estimation de l'immeuble qui a été déterminée en toute certitude par le jeu des enchères au moment de l'adjudication, vaut encore, toutes choses égales d'ailleurs, au jour du partage définitif.

Mais il en va tout autrement, si entre-temps, l'immeuble licité a changé de valeur. D'une part, l'on se trouve alors en présence de la promesse d'attribution d'après laquelle il y a eu engagement réciproque de comprendre l'immeuble au partage sur la base de la dernière enchère, et d'autre part l'on se trouve en présence du principe énoncé plus haut, et d'après le-

quel les évaluations se font au jour du partage. Le tout est d'ailleurs sanctionné par l'article 890 aux termes duquel « Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage ». Que l'on juge un peu des effets d'une promesse d'attribution consentie en 1914 sur une enchère de 20.000 fr. par exemple, et portant sur un immeuble dont le lotissement n'est pas encore effectué.

Il convient donc de déterminer au fond, qui de la promesse d'attribution, ou du principe de l'unité de l'évaluation au jour du partage doit finalement l'emporter.

Une distinction s'impose d'ailleurs selon que l'immeuble est encore dans le patrimoine de l'adjudicataire ou qu'il a été aliéné par lui. Dans la première hypothèse, les parties ayant convenu entre elles de le comprendre dans la masse indivise, pour le montant de la dernière enchère, ont par cela même accepté d'en assumer les risques jusqu'au moment des lotissements définitifs. Or les risques comprennent non seulement les déperditions totales pouvant résulter d'un cas fortuit ou de force majeure, mais également les fluctuations de valeurs qui peuvent se produire entre le jour de la licitation et celui du partage. La promesse d'attribution pour être valable et se concilier avec le surplus des opérations suppose donc que les choses sont restées en l'état.

Les difficultés de la deuxième hypothèse conduisent d'ailleurs à la même solution. Elles naissent de ce

que le bénéficiaire de la clause d'attribution a vendu l'immeuble sans attendre les formalités du partage définitif. Il est donc impossible de le comprendre dans la masse à partager et il convient en conséquence de rechercher de quelle somme l'adjudicataire se trouve en définitive être débiteur vis-à-vis de ses ayants droit. Or, il n'est pas douteux que les intéressés ont manifesté leur volonté de maintenir l'immeuble dans l'indivision; ceux-ci doivent donc rester étrangers à une vente qui a été faite sans leur consentement. Leur colicitant n'est donc pas seulement débiteur vis-à-vis d'eux du prix pour lequel il a vendu l'immeuble, mais de la valeur de celui-ci au jour du partage. Cette solution, peut d'ailleurs se justifier légalement par les textes réglant des situations analogues.

Aux termes de l'article 859 du Code Civil le rapport des immeubles se fait en nature et aux termes de l'article 860 « le rapport n'a lieu qu'en moins prenant que quand le donataire a aliéné l'immeuble avant l'ouverture de la succession ». La loi considère donc l'héritier comme débiteur d'un corps certain. Il en résulte en particulier que si l'immeuble au lieu de se déprécier avait totalement péri par cas fortuit ou de force majeure, la perte serait à la charge de la succession, l'héritier conservant son prix. Il retirerait alors un profit; mais ce profit lui serait personnel n'étant pas réalisé aux dépens de la masse. Ces principes sont directement applicables au cas plus spécial qui nous occupe.

En Résumé la clause d'attribution n'est valable que tout autant qu'elle est compatible par ses effets avec les principes plus généraux qui gouvernent le partage ou les actes qui y sont équipollents. Ayant pour résultat une évaluation prématurée de certains éléments de la masse, elle risque de rompre l'équilibre harmonieux que le législateur s'est efforcé de bâtir. Même sur le terrain des principes, il est donc difficile de conclure à la validité pleine et entière de cette convention, et dans le cas où cette validité ne fait aucun doute, il reste à déterminer quelle en est la portée et la signification. Tel sera l'objet du chapitre qui va suivre.

CHAPITRE V

LA CLAUSE D'ATTRIBUTION EST-ELLE NULLE VIS-A-VIS DES TIERS

Entre les deux opinions extrêmes, celle de la doctrine qui admet dans tous les cas la validité de la clause d'attribution, et celle de la Chambre Civile qui déclare immédiate la cessation de l'indivision, la Chambre des requêtes a pris une position intermédiaire. La promesse d'attribution serait valable entre les colicitants, mais nulle à l'égard des tiers. Il n'y aurait là qu'une application particulière de l'adage bien connu « *Res inter alios acta, aliis nec nocere nec prodesse potests* ».

Cette solution conciliatrice qui a le mérite d'apporter au débat une orientation nouvelle, n'a cependant pas été motivée par la Cour Suprême. On lit en effet dans l'arrêt du 15 juillet 1931, que la clause d'attribution « lie les colicitants mais non les tiers, pour lesquels la dernière enchère d'un copropriétaire vendeur entraîne adjudication véritable ». Il reste à justifier ce principe qui semble avoir été considéré par ses auteurs comme le résultat d'une évidence, et qui aboutit cependant à valider le transfert à l'égard des

tiers tout en maintenant l'immeuble dans l'indivision à l'égard des colicitants.

Il convient donc de démontrer successivement :

1°) qu'en droit français les règles du transfert de la propriété ne s'opposent pas à ce résultat;

2°) et que ce résultat lui-même est la conséquence nécessaire de la clause d'attribution.

Du transfert de la propriété en droit français.

Avant toute chose, il convient en effet d'étudier si, en l'état actuel de la législation, il est possible que la propriété soit transmise à l'acquéreur vis-à-vis des tiers, et maintenue en l'état entre les parties contractantes. C'est qu'aux termes de l'article 1138 du Code Civil « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties » et aux termes de l'article 1583 du même code la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». De son côté d'après l'article 938 « la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété sera transférée au donataire sans qu'il soit besoin d'autre tradition ». En Résumé, en droit français, quand un contrat a pour objet de transférer la propriété d'un corps certain ou de constituer un

droit réel sur une chose, le transfert de la propriété ou la constitution du droit réel, s'opère immédiatement par l'effet même du contrat par le simple accord des volontés sans qu'il soit besoin de formalité particulière.

Ce principe qui nous paraît évident est de date relativement récente. Les jurisconsultes Romains avaient toujours distingué la convention translatrice et le transfert du droit de propriété. Il leur avait semblé que promettre d'aliéner ne pouvait pas être déjà réaliser l'aliénation. La vente engendrait pour le vendeur l'obligation de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, mais par l'effet de la vente, l'acheteur devenait créancier, non propriétaire. Le transfert de la propriété exigeait une nouvelle formalité, et ne se réalisait que par un acte juridique spécial, qui était soit un acte solennel comme l'*in jure cessio*, ou la *mancipatio*, soit la *traditio*.

Le système du Code Civil est donc entièrement différent. Le transfert s'effectue au moment même de la conclusion de la vente. Or le droit de propriété, comme tous les droits réels, est à la fois absolu et opposable à tous. Il en résulte qu'un acte purement relatif comme un contrat de vente, le plus souvent occulte, risque de produire ses effets, non seulement entre les parties qui le connaissent bien, mais aussi à l'égard des tiers qui y sont complètement étrangers.

Il était donc indispensable de limiter les effets des contrats, devenus définitifs inter partes, en imaginant une distinction — il faut bien l'avouer souvent très

subtile — entre le transfert inter partes et le transfert à l'égard des tiers. De sorte que, contrairement aux apparences, en droit français, le transfert de la propriété, à l'inverse de ce qui se passait à Rome, s'effectue sur deux plans différents :

1°) le contrat transfère la propriété entre les parties contractantes, c'est-à-dire du vendeur à l'acheteur, du constituant du droit réel à l'acquéreur de ce droit,

2°) à l'égard des tiers, la mutation se réalise par un acte qui varie selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles. (Capitant - Cours de doctorat 1935).

On en conclut que :

la propriété peut être transférée entre les parties et maintenue en l'état à l'égard des tiers — c'est le cas de l'acte non transcrit,

et inversement, le transfert peut être considéré comme valable par les tiers, et nul entre les parties. C'est le cas d'une convention apparente modifiée par une autre destinée à rester secrète.

Donc, compte tenu des articles 1138, 1583 et 938, il est tout à fait conforme à l'esprit de notre droit de faire cette distinction, et pour le cas qui nous occupe, la Chambre des Requêtes a pu décider qu'il y avait eu transfert vis-à-vis des tiers, et maintien de l'indivision entre les intéressés.

**L'effet déclaratif du partage et ses conséquences
sur la clause d'attribution.**

Les auteurs qui sont partisans de la validité entière de la clause d'attribution, s'attachent d'ailleurs moins à combattre cette conclusion, que le processus qui y fait aboutir. Pour eux en effet, la volonté des parties est souveraine. Dès l'instant que par la clause d'attribution, elles ont formellement manifesté leur intention de maintenir l'immeuble dans l'indivision existant entre elles, le juge ne saurait aller à l'encontre. Décider qu'il y a eu mutation, c'est faire abstraction de cette volonté expressément formulée.

Il est à remarquer tout d'abord que si le droit français avait conservé le système Romain, la question ne se poserait même pas. Ou bien en effet, il y aurait eu mancipation ou tradition, et le transfert eut été réputé irrévocable pour tous, ou bien au contraire, il n'y aurait eu qu'un accord de volontés, et l'acquéreur, en toute hypothèses n'eut été qu'un créancier et non un propriétaire.

Il est non moins certain en second lieu, que le raisonnement ci-dessus, qui est en particulier celui de M. Savatier, serait absolument irréfutable s'il s'agissait d'une vente pure et simple, translatrice de droits. Il est évident en effet que les parties qui sont d'accord quant au contrat, peuvent l'être également pour en reculer les effets. L'article 1583, dit bien que la vente est parfaite dès que l'on est convenu de la chose et

du prix, mais les intéressés peuvent sans aucun doute décider que l'acte produira ses effets soit à dater de l'expiration du terme, soit par la réalisation d'une condition. En l'espèce, de ce que la volonté des parties est souveraine, on en déduit que par la stipulation d'une clause d'attribution, elles ont pu valablement retarder le transfert de la propriété jusqu'au jour du partage subséquent.

Mais, et c'est là que semble se glisser l'erreur, si une promesse de vente et une vente forment deux opérations distinctes, il en est tout autrement en ce qui concerne une licitation suivie d'un partage.

D'après une jurisprudence bien établie en effet, la cessation de l'indivision ne résulte pas forcément d'un acte unique. Elle se fait en plusieurs temps, commence par la vente des meubles, pour passer par la licitation des immeubles et s'achève par des attributions individuelles. Il y a là une opération qui doit être envisagée *in globo* et non pas séparément comme le font les partisans de la clause d'attribution.

Il a déjà été expliqué, que la Cour de Cassation avait commencé par formuler cette théorie, en assimilant à un partage avec soulte, la licitation présentée en même temps que le partage qui règle les attributions du prix. Mais c'est principalement au point de vue civil, que la Cour Suprême a été amenée à préciser sa jurisprudence.

Il arrive fréquemment en effet que les cohéritiers mettent en vente un immeuble indivis, qui le jour de la licitation, est adjugé à un tiers. Par la suite, le prix

de cette adjudication est attribué à un seul des copartageants qui devient créancier unique. Si l'on admet qu'il y a deux opérations distinctes et indépendantes l'une de l'autre, l'acquéreur doit être réputé comme étant l'ayant cause de tous les coïndivisaires, pris tous ensemble, comme propriétaires primitifs de l'immeuble. Dans le cas contraire, l'attributaire du prix doit être considéré comme étant seul vendeur.

Il y a un grand intérêt à le savoir car le sort des hypothèques en dépend. Si une hypothèque est née du chef de l'un des coïndivisaires, elle subsistera ou disparaîtra selon que le prix sera attribué à cet héritier ou à un autre. Et l'intérêt de la distinction augmente, si l'on suppose que le prix d'adjudication a été attribué à un des cohéritiers, ou à quelques uns d'entre eux, pour les remplir d'un rapport en moins prenant qui leur était dû par celui du chef duquel est née l'hypothèque.

L'hypothèse est la suivante :

Primus est débiteur de Secundus d'une somme de 50.000 fr., montant d'un rapport en moins prenant et a hypothéqué en outre un immeuble indivis, dans la limite de ses droits évalués à 25.000 fr.

Secundus, est lui-même créancier d'une somme de 50.000 fr., représentant le prix de cet immeuble adjudgé à un tiers et qui a été mise dans son lot.

Si la licitation est envisagée comme étant un acte séparé, l'hypothécaire de Primus est valable, et le créancier hypothécaire va exercer sur le prix qui reste dû, son droit de préférence, concurremment avec Secundus, créancier d'un rapport en moins prenant.

La Cour de Cassation a changé deux fois de jurisprudence. Jusqu'en 1887, elle admettait que l'hypothèque concédée par un autre que l'attributaire du prix, disparaissait par l'effet de l'article 883 (Cass., 18 juin 1834, D. 34-1-276, S. 34-1-733; Cass. 22 fév. 1881, D. 81-1-409, S. 84-1-117). Puis considérant que la licitation devait être envisagée comme un acte distinct du partage, elle décida que l'effet déclaratif ne pouvait se produire sur les biens qui avaient été cédés à des tiers, puisqu'ils étaient remplacés par le prix de licitation (Cass. 14 déc. 1887, D. 89-1-385, S. 89-1-193, note de M. Labbé; Cass., 17 fév. 1892, D. 92-1-191, S. 94-1-417, note de M. Whal. Cass. 21 juin 1904, D. 1905-1-42, S. 1905-1-273, note de M. Whal).

La résistance de plusieurs Cours d'Appel, qui persistèrent à se prononcer en faveur du cohéritier contre le créancier hypothécaire (Bourges, 28 mai 1902, Paris, 21 juin 1905) amena la Cour de Cassation à rendre un arrêt des Chambres Réunies le 5 décembre 1907 (D. 1908-1-113, note de M. A. Collin, S. 1908-1-5, note de M. Lyon Caen). Cet arrêt qui est un retour à la jurisprudence suivie avant 1887, décide que la licitation et le partage subséquent ne forment qu'un seul et même acte, dont le résultat final est de rendre le créancier du prix propriétaire ab initio de l'immeuble qui a été vendu.

Au cas présent, il n'y a aucune bonne raison de faire abstraction de cette jurisprudence pour décider que les effets de la licitation avec promesse d'attribution doivent être étudiés d'après les seules clauses

du cahier des charges. Il ne faut pas oublier qu'il y a nécessairement un partage subséquent qui doit intervenir à la suite, car si le partage n'intervenait pas, la clause d'attribution perdrait toute raison d'être.

La conséquence de cette opération complexe est que :

1° la licitation avec promesse d'attribution fixe la valeur de l'immeuble et désigne le coïndivisaire qui le recevra dans son lot,

2° que le partage ultérieur qui ratifie ce choix, rétroagit non seulement dès le jour de l'adjudication, mais depuis le moment de l'ouverture de l'indivision.

Il résulte de cet effet rétroactif combiné avec le principe de l'unité de l'opération, que dès le jour de la licitation, et nonobstant la promesse d'attribution on est absolument sûr que les actes de l'adjudicataire, actes de vente, de donation et tous actes de disposition intéressant les tiers seront validés. Une personne quelconque, peut donc en toute confiance acquérir de celui des colicitants qui se trouve être le bénéficiaire de la clause d'attribution, puisque en toute hypothèse, et quels que soient les événements ultérieurs, son acquisition sera forcément validée par le partage subséquent. On en déduit que vis-à-vis des tiers, l'attributaire peut dès le jour de l'adjudication se conduire en véritable propriétaire, ce qui était au fond la conclusion à laquelle il s'agissait d'aboutir.

CHAPITRE VI

DES EFFETS DE LA PROMESSE D'ATTRIBUTION

Ces effets peuvent être résumés dans les deux propositions suivantes :

a) Vis-à-vis de ses colicitants, l'adjudicataire est toujours dans l'indivision.

b) Vis-à-vis des tiers, il est seul propriétaire.

De ce que la clause d'attribution est valable entre les parties contractantes, il en résulte que l'adjudication n'étant pas prononcée, l'immeuble reste dans l'indivision, aux risques de la masse. Il n'y a de valable qu'une obligation réciproque d'effectuer le partage d'une certaine façon. De plus aucun prix n'est dû, et la procédure de folle enchère impossible.

Mais là s'arrêtent les effets de la convention qui est inopposable aux tiers. Dès lors :

a) le colicitant attributaire est à leurs yeux propriétaire définitif du bien licité, et les actes de disposition faits par lui sur ces biens sont inattaquables,

b) pour la même raison, il leur est permis de surenchérir bien que l'indivision subsiste en droit comme en fait,

c) le privilège du copartageant ne leur est oppo-

sable que s'il a été inscrit dans les délais comptés du jour de la licitation.

Propriété vis-à-vis des tiers.

La promesse d'attribution rend l'adjudicataire propriétaire définitif vis-à-vis des tiers. Il peut donc vendre, donner, léguer, établir des servitudes, aliéner à fonds perdu, sans que les colicitants puissent s'opposer à ces actes et agir en revendication contre les tiers acquéreurs.

La solution paraît simple, en réalité il reste à déterminer ce qu'il faut entendre par tiers. Ce terme, en droit français peut être entendu dans un sens plus ou moins large. Très net l'article 1165 du Code Civil dispose « que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, et ne nuisent point aux tiers ». Cette expression très générale comprend toute personne qui n'a pas participé à la convention, et qui n'y a pas été valablement représentée. Ainsi les ayants cause universels des parties contractantes, héritiers, donataires ou légataires universels, ne sont pas des tiers quant aux conventions dans lesquelles a figuré leur auteur. En ce qui concerne les ayants cause à titre particulier des parties, tels qu'acheteurs, donataires, les conventions faites par leur auteur antérieurement à l'époque où ils ont traité avec lui, produisent effet par rapport à eux, lorsqu'elles sont relatives à la chose qui leur a été transmise et qu'elles ont aug-

menté ou diminué les droits de leur auteur sur cette chose. Par rapport à toutes autres conventions faites par leur auteur, les ayants cause à titre particulier sont des tiers.

Ces importantes restrictions étant faites, il reste encore à rechercher qu'elles sont parmi les tiers de l'article 1165, ceux qui peuvent écarter les effets de la clause d'attribution. Dès l'instant qu'il s'agit d'un transfert de propriété, ceux-là seuls pourront avoir intérêt à se prévaloir de la jurisprudence de la Chambre des Requêtes, qui auront eux-mêmes acquis des droits réels sur l'immeuble, et qui les auront conservés conformément à la loi (Loi du 23 mars 1855, art. 3). La promesse d'attribution est donc nulle vis-à-vis de ceux qui ayant acquis des droits sujets à transcription, les auront rendus publics par la transcription qu'ils auront effectuée de leur acte au bureau des hypothèques.

Sont par conséquent exclus de ce bénéfice les créanciers chirographaires et les locataires dont les baux ne dépassent pas 18 ans. Est-ce à dire cependant que ces derniers sont dépourvus de tout recours. Sans doute les actes d'administration concernant un immeuble indivis doivent-ils être l'œuvre de tous les intéressés, mais sur ce point la jurisprudence est assez libérale et valide les actes qui ont été passés par un copropriétaire qui est censé agir pour le compte et par représentation de tous les intéressés.

Enfin, est également un tiers vis-à-vis des conventions qui lui sont soumises pour la perception des

droits et l'accomplissement de la formalité, l'Administration de l'Enregistrement elle-même. Ce principe qui n'est plus guère discuté aujourd'hui, repose sur l'autorité d'une déclaration faite par Tronchet, lors des travaux préparatoires du Code Civil (Fenet, XIII, p. 113) et sur l'autorité plus grande encore de la Cour de Cassation et de la doctrine (Cass. Req. 23 fév. 1875. D. P. 1875-1-370. S. 1876-1-473. J. Enr. 19208; Civ. 27 juin 1883. J. Enr. 22.126. Inst^{ons} 2603, § 4; 2637, § 2. Voir également Trotabas, Essai sur le droit fiscal, Rev. de sc. et de leg. financières, 1928, p. 231. Contra Pilon, Principes des droits d'enregistrement, p. 41).

A ces résultats, M. Savatier oppose que le système de la Chambre des Requêtes se contredit lui-même et qu'après avoir admis la validité de la clause d'attribution à l'égard des colicitants, il autorise l'adjudicataire à la méconnaître puisqu'il peut faire cesser l'indivision par une cession qui leur est opposable. L'argument ne paraît pas être péremptoire. D'une part, il faut bien admettre que le copartageant qui se rend acquéreur sur licitation, agit moins dans un but de spéculation que dans un but désintéressé et qu'il n'a généralement pas l'intention de revendre aussitôt le bien qu'il vient d'acquérir. Or en une matière, où tout est l'œuvre de la pratique, l'exception soulevée par le savant auteur paraît bien un peu théorique. D'autre part, la cession, même faite prématurément, n'aboutit pas à méconnaître la clause d'attribution, puisque celle-ci continue à produire

tous ses effets entre les colicitants. Ceux-ci n'ont donc aucun avantage à agir en justice, puisque leurs intérêts sont sauvegardés. En tout état de cause, le partage consacrera l'obligation réciproque consentie dès avant la licitation elle-même d'effectuer les lotissements conformément à la clause d'attribution. L'incompatibilité est donc plus apparente que réelle et ne paraît pas de nature à bouleverser l'économie du système.

Possibilité de surenchère.

La surenchère est l'acte par lequel on requiert la mise aux enchères d'un bien aliéné volontairement ou en justice, en offrant un supplément de valeur qui détermine la mise à prix, et à la charge de rester adjudicataire, sur le pied de la somme offerte, s'il ne se présente pas de surenchérisseur.

Il y a deux sortes de surenchères, qui se distinguent par leur quotité :

La surenchère du dixième qui est permise soit après faillite, soit en cas de purge. Elle ne peut être formée que par les créanciers inscrits et se dénonce par exploit d'huissier contenant assignation dans les 40 jours de la notification faite par l'acquéreur.

La surenchère du sixième, permise à la suite de toute vente judiciaire (vente sur saisie, vente de biens de mineurs, etc.) et qui peut être formée par toute personne capable de se porter adjudicataire. Elle se fait au moyen d'une simple déclaration au greffe du

tribunal civil, déclaration qui doit intervenir dans la huitaine de l'adjudication primitive. En sont généralement susceptibles toutes les ventes ordonnées en justice sur licitation en matière de partage, sans qu'il y ait à distinguer si l'adjudicataire est un étranger ou un colicitant, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une licitation volontaire purement amiable (Grenoble, 7 juin 1901. Trib. Civ. de Rennes, 10 mars 1908).

L'une et l'autre ont pour résultat de substituer à l'adjudicataire primitif, un adjudicataire nouveau, qui s'engage en retour à prendre l'immeuble pour le montant de sa surenchère. Il en résulte que celle-ci suppose nécessairement que l'adjudication préalable a été prononcée, sans quoi elle ne pourrait se justifier.

Dès l'instant, que vis-à-vis des tiers la licitation avec promesse d'attribution est pure et simple, l'adjudication doit être considérée à leur égard comme ayant été prononcée au profit du colicitant dernier enchérisseur. Les tiers, étrangers à la convention d'attribution peuvent encore surenchérir, à condition toutefois qu'ils aient été admis à la vente, car si la licitation est amiable, ils peuvent en être écartés par la volonté unanime des intéressés. Quant aux colicitants eux-mêmes, il n'est pas douteux par contre qu'à moins de clause expressément contraire, la convention d'attribution leur soit opposable. Ils ne peuvent donc pas plus surenchérir que d'intenter la procédure de folle enchère, puisqu'ils se sont obligés à comprendre l'immeuble licité dans le lot du bénéficiaire, mais seulement dans le partage ultérieur.

Inscription du Privilège du Copartageant.

La loi qui ordonne que ce privilège soit inscrit dans les 60 jours du partage ou de l'adjudication par licitation (C. Civ. art. 2.109), sanctionne cette règle en décidant que si cette condition n'est pas remplie, la créance ne cesse pas d'être hypothécaire, mais que l'hypothèque ne prend rang qu'à la date de l'inscription qui est ultérieurement requise. Le délai ainsi édicté par la loi est un délai de rigueur. Il est par suite d'ordre public et toute clause qui en le modifiant, aurait pour résultat de modifier les droits des tiers ou de porter atteinte à leurs intérêts serait certainement frappée de nullité (art. 6 du Code Civil). Par conséquent les parties pourraient valablement abréger la durée du délai, en convenant entre elles par exemple, que l'inscription doit être prise dans un délai plus court que le délai légal. Dans ce cas en effet les tiers n'en souffrent pas. Mais il leur est par contre interdit de prolonger le délai accordé par la loi et d'en fixer le point de départ à une date postérieure à l'époque déterminée par l'article 2.109. En toute hypothèse donc, le délai de 60 jours court du jour où l'un des copropriétaires est devenu propriétaire exclusif et les intéressés ne peuvent pas modifier ce point de départ dans un sens défavorable aux tiers.

La Cour de Cassation s'est déjà prononcée dans ce sens dans son arrêt du 19 octobre 1903 précité, et

décidé que si la licitation était accompagnée d'une promesse d'attribution, l'inscription du privilège devait être prise dans les 60 jours de l'adjudication. M. de Loynes oppose à cette décision que les parties, lorsqu'elles ont accepté de laisser l'immeuble dans l'indivision ne font qu'ajourner le moment de la cessation de l'indivision, sans pour cela retarder le point de départ du délai. Cet argument qui ne manque pas de force, si l'on admet la validité de la clause d'attribution puisqu'en effet dans ce cas l'immeuble reste dans l'indivision, aussi bien à l'égard des tiers que vis-à-vis des colicitants eux-mêmes, manque son but dans le nouveau système jurisprudentiel. Sur ce point, la question ne semble plus faire de doute. La promesse d'attribution est nulle vis-à-vis des tiers, donc l'indivision cesse immédiatement à leur égard, et le privilège ne leur est opposable que s'il a été inscrit dans les 60 jours à compter de l'adjudication. Il est à remarquer d'ailleurs que les intérêts des colicitants n'en souffrent pas et que de toute façon leurs créances seront sauvegardées.

Toutes ces solutions sont d'ailleurs entièrement concordantes et il est bon d'ajouter que ce n'est pas le seul cas où la nature d'un acte varie selon la qualité de celui à qui on l'oppose. La jurisprudence en donne un autre exemple tout autant remarquable. Quand une personne constitue une dot, étant insolvable, la question s'élève de savoir si les créanciers peuvent agir contre l'époux doté, pour lui enlever ce qu'il a reçu au moyen de l'action Paulienne. Or il faut se rappeler que les conditions de cette action varient

suivant que l'acte frauduleux attaqué par les créanciers a été fait à titre gratuit ou à titre onéreux. Contre un acquéreur à titre onéreux, les créanciers fraudés ne peuvent réussir qu'en prouvant qu'il a été complice de la fraude commise par le débiteur; contre un acquéreur à titre gratuit, leur action réussit même quand il a traité de bonne foi. Or la jurisprudence a décidé qu'à l'égard des tiers, la constitution de dot est un acte à titre onéreux, ce qui n'empêche pas cependant cette donation d'être rapportable, ou même sujette à réduction si elle dépasse la quotité disponible. L'acte est donc à titre gratuit ou à titre onéreux selon l'angle sous lequel on le considère, tout en restant une donation au fond et en la forme, tant au point de vue civil, qu'au point de vue fiscal.

Il n'en va pas autrement au cas particulier. La convention d'attribution est donc une cause définitive de mutation de propriété pour les tiers qui veulent s'en prévaloir, et accessoirement une obligation d'effectuer le partage d'une certaine façon pour les colicitants qui l'ont acceptée. De ces deux caractères opposés, il n'est pas douteux que le premier doive l'emporter et que la licitation accompagnée d'une promesse d'attribution, soit en définitive une licitation, sans doute imparfaite par certains de ses effets, mais dont la conséquence principale est cependant de fixer la propriété qui ne peut rester incertaine. Cette précision était nécessaire pour faciliter l'étude fiscale qui va suivre, car il appartient à l'Administration de l'Enregistrement de restituer aux actes leur caractère véritable.

CHAPITRE VII

LA PROMESSE D'ATTRIBUTION EN DROIT FISCAL

Solution du 8 novembre 1899.

Les variations de la jurisprudence qui se succédèrent de 1870 à maintenant, devaient fatalement avoir des répercussions sur la doctrine administrative. Celle-ci, vite respectueuse des décisions contraires, devait cependant finir par évoluer un peu et tenter de combattre à nouveau cette clause nouvelle, inventée de toutes pièces par la pratique notariale.

L'Administration de l'Enregistrement décida tout d'abord d'accepter la jurisprudence du tribunal de Reims (jugement du 11 février 1890) et de considérer la promesse d'attribution comme une simple obligation de faire. Cette théorie est consacrée par la solution du 8 novembre 1899.

Aux termes de cette décision :

1° le procès-verbal d'enchères était assujetti au seul droit fixe dès l'instant que le bénéficiaire de la clause d'attribution « n'ayant pas été effectivement « déclaré adjudicataire n'était tenu de payer aucun

« prix à ses cohéritiers et avait seulement contracté
« l'engagement de recevoir lors du partage définitif
« de la succession, à valoir sur ses droits héréditaires,
« les immeubles mis en vente pour la valeur déter-
« minée par la dernière enchère ».

2° par contre l'Administration prescrivait de percevoir le droit de bail, si le cahier des charges attribuait au colicitant dernier enchérisseur la jouissance exclusive de l'immeuble en l'obligeant à payer à la masse les intérêts du prix (c'est-à-dire les intérêts de sa dernière enchère) depuis le jour de la licitation jusqu'à celui du partage. Le droit de bail était liquidé sur ces intérêts.

3° par une conséquence bizarre et qui montrait bien la complexité du problème, le droit de soulte devait enfin être perçu sur la part des autres colicitants dans les frais mis à la charge du dernier enchérisseur. La perception de ce dernier droit était certainement impossible à justifier, car un droit de mutation n'est dû que tout autant qu'il y a mutation. La convention des parties étant indivisible, devait entraîner avec elle l'indivisibilité de la perception.

Le droit proportionnel de partage était ensuite perçu, sur le partage ultérieur. Et si le montant de la dernière enchère étant supérieur à la part du colicitant dernier enchérisseur, celui-ci en versait une partie à ses copartageants, le droit de soulte était exigé et liquidé de la manière habituelle c'est-à-dire de la façon la plus favorable aux parties.

Solution du 12 mars 1927.

L'Administration avait maintenu ces règles de perception malgré l'arrêt de la Cour de Cassation du 19 octobre 1903. Ce n'est que par une solution du 12 mars 1927 (R. E. 9220, § II) qu'elle est enfin revenue à une interprétation de la clause plus conforme avec l'orientation de la jurisprudence nouvelle. Désormais la licitation avec promesse d'attribution équivaut à partage et fait immédiatement cesser l'indivision. Il en résulte en particulier que les actes de la sorte qui sont présentés à la formalité sont enregistrés au droit proportionnel de partage calculé à raison de 0.75 % sur la valeur de la dernière enchère.

Par contre l'indivision cessant, l'attributaire possède pour son propre compte et à titre de propriétaire. Si donc, le cahier des charges prévoit le versement d'une indemnité pour tenir lieu à la masse d'une prise de jouissance immédiate, cette stipulation ne donne lieu à la perception d'aucun droit particulier.

Quand le partage définitif intervient, le droit de 0.75 % est liquidé, abstraction faite de la valeur de l'immeuble licité. Si les lots sont égaux, l'acte est pur et simple et il n'est pas dû d'autre droit. Mais si le dernier enchérisseur doit verser une somme à ses collicitants, il s'agit non d'un prix d'achat mais d'une soulte, imputable de la façon la plus favorable aux parties.

Conformément à une doctrine bien établie, le droit

de partage est calculé sur le montant de l'actif net partagé, c'est-à-dire après déduction des soultes du montant de la masse partageable. Ce résultat s'explique facilement si l'on considère que l'attribution d'un bien quelconque de l'hérédité ne peut résulter à la fois d'une vente et d'un partage, mais de l'un ou de l'autre. Il en résulte que juridiquement, il serait impossible de percevoir le droit proportionnel de vente, cumulativement avec le droit de partage, la perception de l'un excluant forcément la perception de l'autre.

Si la soulte est imputée sur d'autres éléments de la masse, elle peut être déduite cumulativement avec le montant de la dernière enchère. Elle représente en effet le prix d'un bien autre que l'immeuble licité. La soulte est donc déductible puisque les biens qu'elle frappe sont transmis à titre onéreux et la valeur de l'immeuble attribué l'est également parce qu'il a déjà subi le droit de partage.

Il résulte enfin de cette théorie que si le tarif a changé entre le jour de la licitation et celui du partage, le tarif à appliquer est celui qui est en vigueur au jour de ce dernier acte, puisque la transmission de la propriété, qui est le fait générateur de l'impôt, s'effectue au jour du partage. Il n'est pas douteux par contre que la solution contraire devrait être suivie si l'Administration venait à sanctionner la jurisprudence de la Cour de Cassation. La promesse d'attribution, d'après la Cour Suprême, se substituant au partage comme cause définitive de mutation de propriété, se-

rait donc par cela même suffisante pour donner naissance à l'impôt. La difficulté, quoi qu'il en soit, n'a pas encore été soumise aux tribunaux.

La détermination du tarif à appliquer se pose également si la licitation primitive a été frappée de surenchère. La jurisprudence de la Cour de Cassation conduit à distinguer entre la surenchère du sixième et la surenchère du dixième.

La surenchère du sixième résout immédiatement la vente, et si elle est déjà intervenue avant l'enregistrement du procès-verbal d'enchères, celui-ci n'est assujetti qu'au droit fixe, et l'adjudication sur surenchère, au droit proportionnel calculé sur le prix augmenté de toutes les charges que devait supporter l'adjudicataire primitif. Si l'acte de surenchère intervient après l'adjudication originaire, celle-ci est évidemment soumise au droit proportionnel. De plus, un nouveau droit est exigible lors de l'enregistrement de l'adjudication sur surenchère, mais les droits perçus à l'occasion de la première formalité, deviennent restituables. Donc, le tarif à appliquer est toujours celui en vigueur au jour de la déclaration de surenchère.

La surenchère du dixième ne résout l'aliénation primitive, que si elle est définitivement prononcée au profit d'une personne différente. Dans cette hypothèse, l'adjudication sur surenchère, comme précédemment, est assujettie au droit proportionnel d'après le tarif en vigueur à sa date. Si au contraire, la licitation est tranchée au profit de l'adjudicataire primitif, la surenchère ne donne ouverture qu'à un supplément de

droit calculé sur le prix supplémentaire et au tarif en vigueur à la date de la première adjudication puisque c'est cet acte qui forme le titre originaire de l'acquisition.

**Le droit proportionnel de mutation
est-il immédiatement exigible ?**

Pour M. Dublineau, la doctrine actuelle de l'administration se concilie difficilement avec la jurisprudence de la Cour Suprême. Il est à remarquer en effet, que dans tous ses arrêts celle-ci décide, que si un partage comprend des attributions dont l'inégalité devrait être compensée lors du règlement ultérieur du surplus des valeurs indivises, le droit de soulte est exigible sur l'excédent de la part des cohéritiers dans les biens partagés.

Cette théorie se dégage en particulier d'un arrêt du 12 novembre 1844, rejetant un pourvoi formé contre un jugement du tribunal de la Seine du 25 janvier 1843, et aux termes duquel « les perceptions de
« la Régie de l'Enregistrement résultent des actes
« qui sont présentés à ses receveurs et les droits sont
« acquis à l'instant même tels qu'ils résultent des
« conventions du contrat et sans pouvoir être subor-
« donnés à la réalisation éventuelle et plus ou moins
« éloignée de stipulations renvoyées à des actes pos-
« térieurs. Tout acte de partage doit donc porter en
« lui-même la preuve de l'égalité des lots entre les

« copartageants; si au contraire il établit une inégalité, il y a lieu de percevoir le droit de soulte
« nonobstant la clause que l'inégalité sera rétablie
« au moyen de compensations à opérer sur le prix
« de vente du bien laissé dans l'indivision ».

De même la Cour Suprême a jugé également que le droit de mutation est immédiatement exigible quand un cohéritier reçoit des immeubles d'une valeur supérieure à sa part, alors même que les parties auraient décidé de régler l'importance de la soulte lors de la liquidation de toutes les valeurs de la succession (Cass. 29 avril 1845-12.385 J. N. Inst. 1743, § 9. S. 45-1-496. D. P. 45-1-257).

« S'il est admis, dit M. Dublineau, que le partage
« partiel ou le lotissement doit être affranchi du
« droit de mutation quand les énonciations de l'acte
« donnent à l'Administration la certitude que l'attribution faite à l'un des communistes ne dépasse
« pas ses droits dans la masse indivise, cette règle de
« perception ne paraît plus justifiée si le partage
« partiel se borne à régler le sort d'une valeur de la
« masse, sans indiquer la consistance générale de
« celle-ci, et ne permet pas ainsi d'apprécier si le lot
« n'a pas une valeur supérieure à sa part dans l'ensemble des biens de la succession ».

« Par voie de conséquence, dans l'hypothèse qui
« nous occupe, s'il n'est pas possible d'établir par
« l'acte lui-même que l'immeuble attribué au cohéritier dernier enchérisseur n'excède pas les droits
« de celui-ci dans la masse entière à partager, il pa-

« raît contraire aux principes du droit fiscal d'af-
« franchir du droit de mutation l'excédent de la por-
« tion virile de l'attributaire dans l'immeuble qui fait
« l'objet du lotissement ».

Si l'exigibilité du droit proportionnel paraît évidente aux auteurs qui assimilent la licitation avec promesse d'attribution à un partage dont l'égalité des lots n'est pas justifiée, à plus forte raison en est-il de même pour les partisans du système préconisé par la Cour de Cassation, ou pour ceux qui admettent dans certaines hypothèses la nullité de la convention d'attribution elle-même.

Il en est tout spécialement ainsi dans le cas où la masse indivise se compose uniquement de l'immeuble mis en adjudication. Le partage, dans cette espèce particulière, ne peut de toute évidence être un partage pur et simple. De plus, il est parfaitement inutile de s'en remettre à un acte ultérieur du soin de constater la transmission de la propriété, dès l'instant que les intéressés ne peuvent rien ajouter ni retrancher aux conditions qui ont fait l'objet du cahier des charges. Le droit de mutation est donc immédiatement exigible.

La même solution s'impose d'ailleurs, si parmi les copartageants, se trouvent des mineurs, des absents ou des interdits. La clause d'attribution étant alors nulle, soit parce qu'elle empêche le tirage au sort des lots, soit parce qu'elle met obstacle au libre jeu des surenchères, la licitation se trouve être pure et simple, et fait sortir l'immeuble de l'indivision non seulement à l'égard des tiers mais aussi, vis-à-vis des colicitants eux-mêmes.

Faut-il aller plus loin et généralisant l'espèce précédente, décider la perception du droit proportionnel dans tous les cas. Si l'on suit la jurisprudence de la Chambre des Requêtes, jurisprudence vers laquelle la Chambre Civile semble se rallier à son tour, rien ne paraît s'y opposer puisque le procès-verbal d'adjudication est immédiatement translatif de propriété à l'égard des tiers, et par conséquent à l'égard de l'Administration de l'Enregistrement. La même conclusion n'est pas douteuse pour ceux qui, fidèles aux arrêts de 1903 et de 1928, penchent pour la nullité totale de la clause d'attribution.

On s'acheminerait ainsi vers un droit fiscal simplifié et davantage respectueux des principes et de la jurisprudence civile. Cependant le problème n'est pas encore résolu, et la question reste pendante...

CHAPITRE VIII

DES AUTRES CONSEQUENCES FISCALES DE LA PROMESSE D'ATTRIBUTION

Les relations de la promesse d'attribution et du droit proportionnel ont été suffisamment débattues, pour qu'il soit possible d'étudier maintenant les autres perceptions auxquelles cette clause peut donner lieu. Ces difficultés, d'importance bien moindre, peuvent être rangées sous quatre rubriques différentes : la taxe judiciaire, la déclaration de command, le droit de transcription, le droit de timbre.

La taxe judiciaire.

La loi du 28 janvier 1892, qui a prononcé la suppression des droits de greffe, a soumis les ventes judiciaires à une taxe proportionnelle de 0,50 %. Bien que cette taxe ait été destinée à récupérer les droits de greffe c'est un droit d'enregistrement qui tombe sous le coup de la loi organique. Elle atteint toutes les ventes judiciaires, c'est-à-dire d'après l'Instruction 2704, celles auxquelles il est procédé en vertu d'un

ordre de justice, soit à la barre du tribunal, soit devant un notaire commis.

Conformément à une jurisprudence bien établie, l'adjudication avec promesse d'attribution est passible de la taxe sur le montant de la dernière enchère, même si celle-ci est portée par l'un des colicitants, c'est ce qu'a décidé le tribunal de Nantes, dans un jugement du 28 février 1901 (J. E. 2864). Aux termes de cette décision « la taxe de 0,50 % est indépendante « du droit de mutation auquel le procès-verbal d'adjudication est assujetti », cette taxe, qui a été établie « en remplacement des droits antérieurs, doit rester « indépendante de cette circonstance qu'un colicitant « porterait dans une adjudication la dernière enchère, de même qu'avant la loi du 26 janvier 1892, « les frais de procédure préalable demeuraient nécessairement indépendants des résultats de l'adjudication ».

Il résulte donc très nettement de ce texte que si le droit de mutation et la taxe sont absolument distincts, la non exigibilité de l'un ne peut être opposée à l'Administration pour empêcher la perception de l'autre.

La loi du 23 octobre 1884 autorise la restitution des droits perçus sur les ventes judiciaires d'immeubles dont le prix ne dépasse pas 2.000 fr. Les droits ainsi restituables sont ceux de timbre, d'enregistrement et d'hypothèques auxquels ont été assujettis les actes nécessaires pour parvenir à la vente. La loi ne profite qu'aux ventes ordonnées par une décision judiciaire et à leurs incidents de surenchère et de folle enchère.

La question s'est donc posée à son tour de savoir

si les licitations avec promesse d'attribution qui avaient été assujetties à la taxe judiciaire par la loi de 1892, pouvaient bénéficier des dispositions précédentes si le total de la dernière enchère était inférieur à 2.000 fr. Le tribunal de Carpentras s'est prononcé pour la négative et a décidé que l'ordre de remboursement inséré dans le procès-verbal d'adjudication étant sans cause ne devait pas être exécuté (jugement du 2 décembre 1903).

Cette décision semble à première vue en contradiction avec la décision précédente puisqu'elle refuse à la licitation avec promesse d'attribution le caractère de vente judiciaire qui lui permettrait de bénéficier de la loi de 1884 tandis que la première lui applique ce caractère pour la frapper de la taxe judiciaire.

En réalité, la contradiction n'est qu'apparente. La loi du 26 janvier 1892 vise en effet non seulement les jugements ou les procès-verbaux d'adjudication, mais aussi les actes judiciaires prononçant l'homologation d'un partage ou d'un état liquidatif. Dès l'instant par conséquent que l'Administration prescrit de percevoir le droit de partage, elle admet par cela même que la taxe judiciaire est perçue non pas parce que l'acte emporte transmission de propriété, mais attribution pure et simple pour une valeur donnée. Ce qui justifie en même temps la perception non seulement sur les parts acquises mais sur la totalité de l'immeuble licité.

La déclaration de command.

Le cohéritier plus fort enchérisseur et le tiers adjudicataire, peuvent-ils déclarer réciproquement command et passer ainsi d'une licitation avec promesse d'attribution à une adjudication pure et simple et inversement ?

La faculté d'élire command consiste dans le droit réservé à l'acquéreur de désigner dans un certain délai la personne pour le compte de laquelle il s'est porté adjudicataire et qui se substitue à lui. Le Code Civil n'a rien dit de ce contrat qui a été seulement prévu par la loi du 22 frimaire an VII.

On a longtemps discuté sur la nature de cet acte tantôt qualifié de mandat, de gestion d'affaires, de résiliation dans les 24 heures, voire même de condition résolutoire; par contre ses effets sont à la fois simples et nets. L'acquéreur qui s'est réservé la liberté d'élire command n'est tenu à aucune des obligations de l'acheteur et sa personne s'efface entièrement et définitivement au profit de son mandant. Aucune trace de propriété ne subsiste sur sa tête.

Pour qu'il en soit ainsi, il suffit que la faculté d'élire command ait été expressément réservée dans le cahier des charges, que la déclaration soit pur et simple, qu'elle ait lieu par acte public et soit notifié à l'Administration dans les 24 heures.

La seule difficulté qui subsiste c'est de savoir si cette modalité est particulière à la vente ou bien si

elle doit être généralisée à tous les contrats. Etant donnés les effets de la déclaration de command, il apparaît très nettement que celle-ci ne modifie en rien le contrat primitif. Il n'y a donc aucune raison d'en raréfier l'application.

Cette interprétation libérale semble bien être celle de la jurisprudence elle-même et surtout celle de la Cour de Cassation. En particulier celle-ci a décidé qu'il est de l'essence de la déclaration de command, que le mandataire soit étranger à l'acquisition et que toutes les charges pèsent sur l'acquéreur déclaré. (Cass. Civ. 20 août 1850). On ne saurait dire plus clairement que l'opération est censée faite directement, sans intermédiaire et que par conséquent elle est possible avec n'importe quelle sorte de contrat.

Certes elle peut avoir pour résultat de changer au cas qui nous occupe, la nature même de l'acte intervenu, qui de partage partiel peut devenir adjudication pure et simple et réciproquement. Mais il n'y a là qu'une conséquence nouvelle de la théorie jurisprudentielle qui décide à juste titre, qu'il y a vente ou licitation selon que l'acquéreur est lui-même étranger ou copartageant.

Dans ces conditions le droit fixe de 40 fr. est exigible sur la déclaration de command, et le droit proportionnel de vente ou de partage exigible sur l'acte définitif.

Le droit de transcription.

Indépendamment des actes soumis à la transcription par les textes précédemment en vigueur, l'article 1^{er} du décret du 30 octobre 1935 par une nouvelle rédaction de la loi du 23 mars 1855 assujettit à la formalité :

1°) Tous actes entre vifs ou à cause de mort, translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque.

2°) Les actes ou jugements déclaratifs de propriété immobilière ou de droits immobiliers, et les actes équipollents à partage auxquels s'applique l'article 883 du Code Civil.

Aux termes de l'article 2 du décret ne sont admis à la transcription que les actes authentiques ou les décisions judiciaires devenues définitives et les actes sous-seings privés déposés chez les notaires. Par ailleurs les actes déclaratifs de propriété immobilière sont exonérés du droit de transcription et la taxe hypothécaire réduite de moitié à 0,25 %. La perception s'effectue sans réduire la part du colicitant (Réponse à M. Castagnez, Député, J. O. 17 juillet 1936).

Ces textes sont certainement applicables en la matière puisque d'après la théorie administrative la licitation avec promesse d'attribution est considérée comme un lotissement partiel lorsqu'elle est prononcée en faveur de l'un des copartageants. A plus forte raison, la transcription est-elle obligatoire, si l'acte est

considéré comme étant immédiatement translatif de propriété.

Antérieurement au décret du 30 octobre 1935 la question était plus délicate, bien que simplifiée par la loi du 13 juillet 1925 art. 41 (et décret du 28 décembre 1926, I^{on} 3860 page 18) qui avait incorporé le droit de transcription au droit de mutation.

En effet aux termes de la loi du 21 ventôse an VII, art. 25, sont de nature à être transcrits « tous actes « emportant mutation d'immeubles » et de son côté l'article 2181 du Code Civil dispose que l'acquéreur qui veut purger doit commencer par transcrire son titre. Aussi était-il admis, que tout titre d'acquisition, qui pouvait être suivi de purge, devait être transcrit, alors même que par sa nature propre, la transcription aurait été inutile pour le transfert de la propriété.

Aussi, la jurisprudence décidait-elle que l'adjudication prononcée au profit d'un héritier bénéficiaire ou d'un légataire particulier, était de nature à être transcrite (Cass. 6 février 1889, D, 89-1-299, S. 89-1-385). Cependant ce principe poussé dans ses conséquences extrêmes aurait conduit à assujettir à la formalité, même les actes de partages qui attribuaient des immeubles indivis au coïndivisaire non obligé aux dettes. Jamais l'Administration n'osa aller jusque là.

C'est pourquoi nous admettrons qu'avant le décret du 30 octobre 1935 la licitation avec promesse d'attribution était exonérée du droit de transcription, soit qu'on l'assimilât à un lotissement partiel, soit qu'on la considérât comme une opération préliminaire au partage.

Le droit de timbre.

La loi du 22 avril 1905 dans ses articles 6 et 7 dispensait du droit de Timbre les cahiers des charges et procès-verbaux concernant les licitations d'immeubles à moins que ces actes aient contenu des dispositions indépendantes.

La clause d'attribution, insérée dans le cahier des charges n'était pas considérée comme une disposition indépendante et par suite ne mettait pas obstacle à l'exemption. Mais la réalisation de cette promesse constatée dans le procès-verbal d'adjudication entraînait à n'en point douter sur cet acte l'exigibilité du timbre, puisque cet acte était considéré comme opérant partage partiel. Il était permis au notaire de constater par actes séparés le résultat des enchères portées sur chaque lot et de ne rédiger ainsi sur timbre que les parties du procès-verbal d'enchères ne devant pas bénéficier de l'immunité prévue par la loi (T. A., V^o Partage-Licitation 3^e édition, p. 767).

Puis l'Administration décida que le cahier des charges et le procès-verbal de vente formaient un seul acte ce qui aboutissait à assujettir au timbre les cahiers des charges eux-mêmes quand l'adjudication était prononcée au profit d'un colicitant. Comme il était impossible au moment de la rédaction du cahier des charges de connaître le résultat des enchères, celui-ci était rédigé sur papier libre, sauf régularisation ultérieure. La Jurisprudence avait sanctionné cette

pratique (Trib. Civ. Abbeville 20 mai 1908, R. P. 11-724. Trib. Civ. Bourges 13 mai 1911, R. P. 12335).

La loi du 13 juillet 1925 art. 67 a simplifié toute cette question en assujettissant au timbre de dimension les cahiers des charges relatifs aux mutations des immeubles après la réalisation des ventes ou des adjudications supérieures à 5.000 fr.

CONCLUSION

L'étude qui précède, pour modeste qu'elle soit, illustre assez bien les difficultés d'assiette et de recouvrement des droits d'enregistrement. Le principe fiscal, qu'il convient de mettre en œuvre à chaque cas particulier, est généralement simple et net. La loi détermine à la fois l'acte qu'elle veut atteindre, les valeurs qu'elle entend frapper, le tarif qu'elle décide d'appliquer. Si le sens de l'acte est clair, si ses dispositions ne sont pas ambiguës, le Receveur chargé de la formalité ne peut guère hésiter sur le choix du texte qu'il s'agit d'utiliser. Par exemple l'article 36 du code de l'Enregistrement dispose que « pour les « partages de biens meubles ou immeubles entre co- « propriétaires, cohéritiers et coassociés, à quelque « titre que ce soit, le droit de 0,75 % est liquidé sur « le montant de l'actif net partagé » et de son côté l'article 395 du même Code « assujettit au droit de « 13,50 % les parts et portions indivises de biens im- « meubles acquises par licitation ».

Mais, et c'est là que naît la difficulté, l'application de l'un de ces deux articles de préférence à l'autre, suppose nécessairement que la nature de l'acte a été au préalable juridiquement déterminée. Or, les chapitres qui précèdent et qui, tous, ont trait à la vali-

dité ou à la nullité de la clause d'attribution, montrent assez que pareil travail n'est pas toujours facilement réalisable. Ainsi apparaît de façon évidente le rôle du Receveur qui sans d'ailleurs empiéter pour cela dans le domaine judiciaire est obligé, comme le ferait un magistrat, de passer l'acte au crible, de l'examiner d'après ses effets, ses clauses et son objet, et de décider finalement s'il est déclaratif ou translatif, et si comme tel, il est passible du droit réduit de 0,75 % ou du droit proportionnel de mutation calculé à raison de 13,50 %. Pareille analyse procède exclusivement du droit civil, le droit fiscal apparaissant comme la conclusion nécessaire d'une étude dont la perception des droits d'enregistrement n'est que l'aboutissement logique.

Or, contrairement à ce que l'on pourrait croire, les difficultés que rencontrent les Receveurs dans l'interprétation des actes qui leur sont soumis, sont à la fois très nombreuses et très fréquentes, bien que toutes ne soient pas aussi délicates que ne l'est la promesse d'attribution. La raison en est que l'acte simple est l'exception, les parties étant maîtresses de leurs droits et pouvant dans un même contrat multiplier leurs obligations et les assouplir selon leur convenance et leur volonté.

Ce principe de la liberté des conventions qui n'est écrit nulle part dans nos lois en termes formels résulte implicitement de l'article 1123 du Code Civil qui permet à « toute personne de contracter si elle « n'en est pas déclarée incapable par la loi » et de

l'article 1134, aux termes duquel « les conventions « légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui « les ont faites ». Donc la liberté est la règle et la volonté privée est autonome pourvu qu'elle ne dépasse pas les limites fixées par la loi et qu'elle reste subordonnée à l'article 6 du Code Civil qui défend aux intérêts particuliers de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Sur ce point, le droit fiscal ne saurait être différent du droit privé, et il est certain que cette liberté des conventions bien loin d'être méconnue par l'Administration est au contraire expressément sanctionnée par elle puisque l'article 365 du Code de l'Enregistrement frappe d'un droit fixe de 30 francs « tous « actes civils qui ne se trouvent dénommés dans « aucun autre article de la présente codification et « qui ne peuvent donner lieu au droit proportionnel ». Le législateur a donc lui-même admis qu'il lui était impossible de prévoir et de taxer toutes les formes du contrat laissées par la loi civile à la libre disposition des volontés individuelles. La loi fiscale se borne à bâtir une trame à l'intérieur de laquelle elle laisse aux redevables le droit d'agir au mieux de leur préférence et de leurs intérêts.

Aussi bien ceux-ci recherchent-ils, en vue de rendre l'impôt qu'ils doivent acquitter le moins lourd possible, à esquiver les dispositions les plus rigoureuses de la loi fiscale, tantôt en choisissant, légitimement d'ailleurs, le procédé le moins onéreux de tous ceux qu'ils peuvent utiliser pour parvenir à un résultat

donné, tantôt en donnant à leur opération, une qualification volontairement inexacte ou fausse.

De ces deux méthodes, la première est certainement valable. S'il est certain en effet que l'Administration a un droit de contrôle qui lui permet de restituer aux actes leur caractère véritable, par contre elle ne peut s'en servir pour percevoir l'impôt d'après le tarif le plus élevé et au mépris des conventions réellement intervenues. La jurisprudence est unanime sur ce point. « Les parties, lit-on dans un jugement du tribunal de Mantes du 26 Avril 1879 (D. P. 1879-3-71), « ont le droit incontestable, lorsque deux voies « s'ouvrent à elles pour atteindre le but qu'elles se « proposent, de choisir celle qui donne ouverture « au droit le moins fort, quand même cette voie serait la moins directe; la Régie ne peut critiquer la « forme choisie par les parties; mais il faut avant « tout que l'acte soit sérieux et non entaché de « fraude ».

S'il en est ainsi, en effet, l'Administration a non seulement le droit, mais aussi le devoir de rechercher et de constater le véritable caractère des stipulations contenues dans les contrats pour arriver à asseoir d'une manière conforme à la loi, les droits dûs par les parties contractantes à raison de ces contrats. Le fait générateur de l'impôt étant toujours un fait juridique et jamais un acte, il est normal que l'Administration puisse fixer sa perception d'après la nature des opérations juridiques réellement accomplies. L'acte apparent, qui n'a d'autre but que de frustrer le

Trésor des sommes qui lui sont légitimement dues, ne saurait mettre obstacle à ce droit. Cette théorie que la jurisprudence sanctionnait depuis longtemps déjà, a été définitivement consacrée par l'article 44 de la loi du 13 juillet 1925 aux termes duquel « lorsqu'il « est amiablement reconnu ou judiciairement établi « que le véritable caractère des stipulations d'un con- « trat ou d'une convention a été dissimulée sous l'ap- « parence de stipulations donnant ouverture à des « droits moins élevés, il est dû un double droit en sus. « Cette pénalité est due solidairement par toutes les « parties contractantes ».

Il est donc désormais impossible de dissimuler impunément par de fausses qualifications, le véritable caractère d'un contrat. Malheureusement la ligne de démarcation entre la fraude et la bonne foi n'est pas toujours facile à réaliser et l'application de ce texte n'est pas sans rencontrer dans certains cas de très grandes difficultés. En pareille matière le redevable de mauvaise foi n'est pas tellement différent de celui qui ne fait que se servir de son droit en vue de choisir l'opération la moins onéreuse et la plus conforme à ses intérêts. « Nullus videtur dolo facere qui suo « jure utitur ». Ce texte, un peu draconien, exige donc d'être utilisé avec beaucoup de prudence et d'à propos.

Il est à remarquer d'ailleurs que l'Administration interprète très largement la loi nouvelle sans jamais chercher à généraliser son application. D'après l'instruction 3860, ne sont passibles du double droit en sus

que les dissimulations ayant un caractère volontairement frauduleux et comportant une altération des stipulations des parties. Par contre les dispositions des actes injustement qualifiés par suite d'une erreur d'interprétation juridique ne sauraient motiver le recouvrement de la pénalité, dès lors que l'acte renferme toutes les données nécessaires pour apprécier la portée de la convention et qu'il n'y a de la part des contractants aucune manœuvre critiquable.

L'article 44 de la loi du 13 juillet 1925 suppose donc nécessairement pour être mis en application :

1°) qu'il y a une convention réelle, par exemple une donation;

2°) que cette convention est elle-même cachée par une autre qui n'existe pas, telle une reconnaissance unilatérale de dette motivée par un prêt qui n'a jamais eu lieu.

Y a-t-il analogie entre cette forme très courante de la dissimulation et la clause d'attribution ? Autrement dit est-il possible de décomposer celle-ci en deux contrats différents d'une part une licitation emportant mutation immédiate de propriété, et d'autre part une promesse réciproque apparente d'effectuer le partage à intervenir sur les bases de la dernière enchère.

Pour la solution de cette difficulté, les principes qui viennent d'être étudiés conduisent à rechercher successivement :

1°) si légalement les parties ont le droit de prolonger l'indivision existant entre elles;

2°) si la clause d'attribution s'analyse en deux conventions distinctes ou bien en une seule à effets complexes;

3°) enfin, si le Receveur a tous les éléments nécessaires pour effectuer sa perception en pleine connaissance de cause les parties ne lui ayant rien dissimulé de leurs conventions.

A vrai dire, la première question ne soulève guère de difficultés. Le droit qu'ont les copropriétaires de demeurer dans l'indivision résulte expressément de l'article 815 alinéa 2 du Code Civil, qui permet aux intéressés de suspendre l'action en partage pendant un temps limité qui ne peut en aucun cas être supérieur à 5 ans. Or la promesse d'attribution n'est pas autre chose qu'une convention d'indivision faite pour le cas où l'adjudicataire serait l'un des colicitants eux-mêmes. Il y a donc là un droit qui est mis par la loi civile à la libre disposition des particuliers : ceux-ci ont la faculté de s'en servir au mieux de leurs intérêts pour reculer aussi longtemps qu'ils le veulent le jour du partage. Ils évitent ainsi le paiement immédiat des droits d'enregistrement, mais la loi fiscale pourrait-elle obliger les propriétaires à procéder contre leur gré à des ventes d'immeubles pour permettre au fisc de procéder à des perceptions arbitraires ? La situation en l'espèce n'est pas différente : un acte de partage, une licitation, peuvent être différés aussi longtemps que les parties sont d'accord pour le faire. La loi civile arrête sur ce point la toute puissance de la loi fiscale sans pour cela se dresser forcément contre elle.

Mais une convention licite quant à sa nature et quant à ses effets, peut devenir frauduleuse par l'emploi qui en est fait. En particulier la promesse d'attribution peut être utilisée comme une façade destinée à éluder le paiement de l'impôt. Pour reprendre l'exemple déjà cité, cette convention ne pourrait-elle pas se décomposer en deux éléments distincts :

1°) une licitation ayant pour effet de transmettre irrévocablement la propriété sur la tête de l'adjudicataire,

et 2°) une clause d'indivision, devant rester sans effets.

La situation serait ainsi voisine de la donation cachée sous l'apparence d'un prêt. Mais, et c'est en cela que réside la différence, la dissimulation suppose toujours un acte secret et un acte ostensible, c'est-à-dire un acte réel caché sous une forme empruntée. Or tel n'est pas le cas. Non seulement la licitation n'est pas dissimulée sous une autre apparence, mais encore elle forme ouvertement l'objet principal du contrat. L'adjudicataire ne déguise pas son acquisition, mais déclare au contraire expressément la réaliser sous certaines conditions. La mutation de propriété est simplement différée et remise jusqu'au moment du partage subséquent. Que l'on frappe cette convention de l'article 44 de la loi du 13 juillet 1925, et immédiatement tous les actes faits avec certaines modalités peuvent être assimilés à des actes frauduleux. Mieux que tout autre raisonnement pareilles conséquences montrent assez l'inanité du système.

Sans doute le véritable caractère juridique de la clause d'attribution est-il difficile à définir, mais il est certain que le Receveur a tous les éléments nécessaires pour effectuer la liquidation des droits et accomplir la formalité qu'on lui demande (R. E. 9965). Il connaît en effet l'objet de la convention et il peut en déterminer à la fois la nature et les effets. Dans ces conditions la bonne foi des parties ne peut être suspectée. Il est bon d'ajouter, d'ailleurs, que l'Administration ne réclame que très rarement l'application de l'article 44 de la loi du 13 juillet 1925 et qu'elle use ainsi très libéralement du droit qui lui est reconnu d'accorder la remise des pénalités que ses redevables ont encourus. Cette renonciation qu'elle fait des armes que lui a données le législateur montre d'ailleurs le peu d'efficacité de certaines règles, qui, si elles étaient appliquées, arriveraient à un résultat diamétralement opposé à celui que l'on voulait atteindre (R. E. 9605).

D'application peu fréquente l'article 44 de la loi du 13 juillet 1925 apparaît ainsi sans grande portée juridique ni sans grande utilité pratique. Destiné à combattre la fraude il n'atteint que très rarement son but, et largement interprété il laisse intact le grand principe de la liberté des contrats. Les conventions les plus complexes ne sont pas toujours les plus frauduleuses, et la promesse d'attribution démontre qu'il est très souvent possible de concilier honnêtement les textes du droit privé avec les dispositions les plus dures de la législation fiscale. Elle n'est que l'une de

ces nombreuses clauses nouvelles qui illustrent particulièrement bien les épisodes d'une lutte, parfois sévère, très souvent courtoise, qui n'est pas spécial à notre temps et qui lui survivra sans doute.

Le 22 janvier 1938.

Vu :

POUR LE DOYEN,
L'assesseur,
A. RIPERT.

Vu :

LE PRÉSIDENT DU JURY,
HAMEL.

Vu et permis d'imprimer :

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS,
Pour le Recteur,
L'Inspecteur de l'Académie,
CH. PUGIBET.

TABLE DES MATIERES

BIBLIOGRAPHIE	5
INTRODUCTION	7
CHAPITRE I. — La licitation en droit fiscal	25
CHAPITRE II. — Historique de la promesse d'attribution.	36
CHAPITRE III. — La promesse d'attribution	49
CHAPITRE IV. — Trois cas de nullité de la promesse d'attribution	62
CHAPITRE V. — La clause d'attribution est-elle nulle vis-à-vis des tiers	73
CHAPITRE VI. — Des effets de la promesse d'attribution.	82
CHAPITRE VII. — La promesse d'attribution en droit fiscal	91
CHAPITRE VIII. — Des autres conséquences fiscales de la promesse d'attribution	100
CONCLUSION	109

